SAMUELIS DE COCCEJI, HENR. FIL.

SACRÆ REGIÆ MAJESTATIS BORUSSICÆ MAGNI CANCELLARII, A CONSILIIS SANCTIORIBUS STATUS ET REI BELLICÆ, ORDINIS NIGRÆ AQUILÆ EQVITIS ETC.

JUS CIVILE CONTROVERSUM,

UBI

ILLUSTRIORES JURIS CONTROVERSIÆ

BREVITER ET SUCCINCTE DECIDUNTUR, DIFFICILIORES MATERIÆ EXPLICANTUR, OBJECTIONES SOLIDE SOLVUNTUR, ET LEGUM DISSENSUS NOVA SÆPE RATIONE, UBI HACTENUS SATISFACTUM NON VIDETUR, CONCILIANTUR,

OPUS

AD

ILLUSTRATIONEM COMPENDII LAUTERBACHIANI, CUJUS SERIEM QUOQUE SEQUITUR, COMPOSITUM.

EDITIO QUARTA MULTIS QUÆSTIONIBUS AUCTA.

TOMUS II.



FRANCOFURTI ET LIPSIÆ

SUMTIBUS SOCIETATIS. MDCCLXXIX.



LIB. XX. TIT. I.

DE PIGNORIBUS ET HYPOTHECIS, ET QUALITER EA CONTRAHANTUR, ET DE PACTIS EORUM.

QUAEST. I. *Quomodo differant hypotheca & pignus?*

RESP.



Hypotheca per nudum pactum constituitur, §. 7. *I. de Act. L.* 4. *ff. de Pign. & hyp. Pignus* vero proprie loquendo non nisi per traditionem contrahitur, §. 7. *I. de Act. L.* 238. §. 1. *de Verb. Sign.* Quæ differentia ex ipsa vocum etymologia adstruitur; Hypothecare enim est supponere, i. e. obligare, quod fit per nudam conventionem, sed pignus a pugno appellatur, quia res, quæ pignori dantur, manu traduntur, *de l.* 238. Hinc porro differunt, quod *Hypotheca* plerumque fit in re immobili, nam hæc tradi proprie de manu in manum nequit; *Pignus* vero in re momobili: *d.* §. 7. *d. l.* 238. ibi: *Pignus proprie rei mobilis constitui*, (quanquam etiam improprie pignus in re immobili dicatur, ut in *L.* 2. §. *f. de Relig.*) Alias differentias vide apud *Goth. ad L.* 5. §. 1. *ff. h. & Dn. Par. in hyp. Inst. tit. Quib. mod. re contr. obl.* §. 8. De differentia actionum vide *Goth. ad rubr. h. t. lit. d.*

Laut. pag. 402. verb. *in Rubr.* ibi: *De pignoribus & hypothecis.*

Obj. Quod pignus & hypotheca vocis ſaltem ſono differant. *L.* 5. §. 1. *de Pignorib.*

Resp. Verum hoc eſt quoad actionem hypothecariam ſive realem, de qua in hoc titulo agitur. Hæc enim contra tertium poſſeſſorem æque datur ex hypotheca nuda conventione conſtituta, ac ex pignore traditione contracto, cujus poſſeſſionem creditor amiſit. Atque hinc etiam conjunguntur in *Rubr. h. t. de Pignoribus & hypothecis.* At extra caſum realis actionis re ipſa quam maxime differunt; *hypotheca* enim, ut jam dictum eſt, nudo pacto conſtituitur, *pignus* vero non niſi accedente traditione. Ex *illa* ſemper actio realis datur, ex *hoc* quoque actio perſonalis pignoratitia, quæ actiones maximopere inter ſe differunt; nam realis ſemper datur creditori, hæc, ſi directa eſt, ſemper debitori; illa pignus a quocunque poſſeſſore vindicatur, hac contra ſolum creditorem agitur ad reſtituendam rem pignoratam. *Conf. Goth. ad rubr. h. lit. c.*

Insto, quod pignus itidem nuda conventione & nudo pacto contrahi poſſit, *L. 2. C. quae res pign. L. 2. in fin. C. de remiſſ. L. 23. C. de Pign. L. 1. pr. ff. Eod.*

Resp. *ſupr. l. 13. tit. 7. q. 3.*

Conf. *Dn. Pagenſt. Sicilim. ad Comp. Laut. pag. 221. & Dn. Berger. ad Laut. h. q. 1. ibique animadverſ.*

Qv. II. *An pignus recte dicatur jus in re?*

Laut. pag. 402. verb. pignus eſt jus in re &c.

Resp. Præmittendum eſſe, pignus triplici modo accipi poſſe: (1) pro contractu reali, *l. 1. §. f. de pact. l. 17. §. 2. Eod. l. 1. pr.* ibi: *pignus contrahitur. l. 11. §. p.* ibi: *pignoris obligatio. l. 38. & tot tit. de pign. act. l. 2. C. quae res pign.* & hoc ſenſu inter quatuor contractus reales refertur, *tot. tit. Inſt. Quib. mod. re contr.* (2) Pro ipſa re pignori data, ut *tot. tit. ff. de diſtract. pign. L. 4. L. 7. de Pign. act.* Ipſa enim res, ejusque poſſeſſio oppignorando tranſit, *tot. tit. ff. de diſtr. pign. L. 26. §. f. h.* ibi: *in praediis, i. e. hypothecis.* (3) Pro jure in re, quod pignus dicitur, ut in *hoc titulo*, & *tot. tit. qui potiores in pignore*, i. e. in jure pignoris *tot. tit. Quib. modis pignus*, i. e. jus pignoris, *ſolvitur.*

Atque de hoc jure pignoris recte aſſeritur, quod ſit JUS IN RE. Nam (1) recenſetur inter quatuor ſpecies jurium in re §. 7. *Inſt. de act.* (2) Conſiſtit hoc negotium in jure poſſidendi rem, eamque cuſtodiendi, donec

nec debitum solutum sit, *L.* 35. *L.* 37. *L.* 40. §. 2. *de pign. act.* & in eo continetur securitas, quod facultatem habeat rei incumbendi, *L.* 25. *de R. J.* §. 14. *Inst. de Obl. quae ex del.* & quidem corporaliter, *d. L.* 35. §. 1. *L.* 40. §. 2. *Eod. L.* 9. §. 2. *Eod.* Adeoque (3) verum hoc est jus in re, quod non consistit extra rem, ut servitus, sed in ipsa rei substantia, uti proprietas. Duo enim jura in rem sunt, quæ in ipsa ejus substantia consistunt, scil. *Dominium*, quod in proprietate, qua res mea dicitur, consistit; & *pignus*, quod in possessione, qua res in mea potestate constituitur & custodia. *Vid. supr. L.* 1. *tit.* 8. *q.* 1. Denique & (4) expresse id ita statuitur in *L.* 17. *ff. de pign. L.* 66. *pr. de Evict. L.* 18. *C. de pign.*

Obj. (1) Quod pignus sit contractus, & inter quatuor contractus reales referatur: §. *fin. Inst. quib. mod. re contr.* Unde potius ex jure ad rem esse videtur.

Resp. Pignus sua natura & Jure Civili est ex jure ad rem, nimirum ex contractu, & ex hoc negotio actio personalis ex contractu oritur: Sed Prætor Servius in majorem debiti securitatem singulariter voluit, ut *res coloni pro mercede fundi obligatae* etiam actione reali a quocunque possessore vindicari possint, §. 7. *Inst. de Act.* quod postea ex mente Servii *ad omnia reliqua pignora* extensum *d.* §. 7. eoque verum jus in re constitutum fuit. *Vid. supr. Lib.* 1. *tit.* 8. *q.* 1.

Obj. (2) Pignus consensu contrahi, *L.* 1. *ff. de Pign. act. L.* 17. §. 2. *de Pact. L.* 4. *de Pign.* Jura autem in re non ex consensu oriuntur, sed ex traditione. *L.* 20. *C. de Pact.*

Resp. Hæc ita se habent de Jure Civili. Prætor autem voluit, ut ex hoc pacto creditor jus agendi adversus possessores habeat, indeque jus hoc in re ex ipsa potestate edicti originem habet. *Conf. L.* 18. *C. de Pign. L.* 66. *pr. de Evict. de* §. 7. *Inst. de Act.*

Obj. (3) Quomodo pignus potest esse jus in re, cum consistat in nuda possessione, quæ non est juris?

Resp. Imo pignus non consistit in nuda possessione, quæ facti est, sed in jure possidendi & custodiendi: & hoc jus incumbendi rei vindicatur actione hypothecaria.

Qv. III. *An pignus naturali quoque obligatione accedere possit?*

Affirm. (1) Nam ex naturali obligatione actio quidem non datur, at omnes reliqui effectus debiti remanent, indeque & cautiones sive per fidejussores, sive per pignora, ei accedere possunt. *Vid. supr. L.* 2. *tit.* 14. *q.* 39. & *L.* 13. *tit.* 7. *q.* 1. Idque (2) ita traditur *in L.* 5. *pr.* ibi: *Laut. pag. 402. verb. in securitatem debiti &c.*

A 2 *vel*

vel tantum naturali. & *L.* 14. §. 1. *in fin.* ibi: *ex quibus caufis naturalis obligatio confiftit, pignus perfeverare confiftit.* ff. *h. t.*

Obj. (1) Quod in acceffione non poffit plus effe, quam in principali; quod hic fieret, fi ex principali negotio actio non daretur, ex acceflorio vero daretur.

Resp. Vera eft illa regula in acceffione, quæ non poteft fine principali fubfiftere, at pignus eft talis acceffio, quæ per fe fubfiftit, & ex fe producit obligationem; indeque ex ea actio dari poteft, licet ex principali non detur.

Obj. (2) Debitore per injuriam abfoluto, tollitur pignus, *L.* 13. *Quib. mod. pign.* Debitore vero per injuriam abfoluto, manet obligatio naturalis. *L.* 60. *pr. ff. de Cond. ind.*

Resp. Minor negatur; totum enim debitum exftinguitur ipfo jure per fententiam judicis, utut injuftam. *Vid. fupr. l.* 12. *tit.* 6. *q.* 11. ubi mentem *de L.* 60. plenius explicavi. Aliter refpondet *Struv. h. th.* 4. *ibique evolut.*

Qv. IV. *An detur pignus legale mixtum?*

Laut. pag. 402. verb. *vel legale mixtum &c.*

Affirm. id Lauterb. *pr. h.* & *p.* 405. mixtumque pignus effe putat, quoties præter legem etiam facto hominis tacitoque pacto conftituitur, ut per illationem rei in prædium urbanum. *L.* 4. *ff. de pact. L.* 2. *L.* 4. *L.* 6. *in quib. cauf.* At verius eft, hujusmodi pignus effe mere legale, illudque non ex facto v. g. illationis, fed ex fola lege oriri; Nam (1) factum eft tantum conditio, fine qua lex non conftituit; (2) Si illatio rerum tacite fignificaret conventionem de pignore, idem effet in prædiis rufticis, ubi idem factum eft: Non ergo id eft ex facto, fed fola lege; Accedit (3) quod hæc diftinctio nullibi in jure fundetur, nec ullam utilitatem in foro habeat: Sed & (4) in plerisque negotiis Lege conftitutis accedit factum hominis, neque tamen eo negotia fiunt mixta: Sic fructus naturales dicuntur, quos natura producit, accedente licet facto hominis, & contra induftriales, quos hominis induftria producit, accedente licet opera naturæ *L.* 45. *de Ufur. Dn. Par. Hyp. Inft. L.* 2. *tit.* 1. §. 47.

Obj. *L.* 4. *pr. de Pact. L.* 3. *L.* 4. *L.* 6. *ff. L. f. C. h.* ubi pignus hoc quafi tacita pactione contractum dicitur, adeoque non ex fola Lege, fed ex facto quoque hominis.

Resp. Senfus eft, perinde pignus Lege conftitui, ac fi tacite id expreffum fuiffet, uti id explicitur in *L.* 4. *pr. in quib. cauf. maj.* & tacita conventio eft, quæ tacite ineft, ac fi conventum effet, ut *in L.* 13. §. *f.* *Com-*

Commod. Non quod accedat voluntas vel requiratur, ſed quod perinde valeat, ac ſi acceſſiſſet, poteſtate legis. *d. L.* 4. *pr.*

Atque hinc ferri non poteſt, quod *Bach. h. t. th.* 4. *& Vinn. de Pact. c.* 12. *n.* 8. ajunt, illationem in prædium urbanum non ſecus, ac redditionem chirographi, inducere tacitam conventionem; ita enim illata quoque in praedium ruſticum eſſent tacite pignori, ſi illationis factum tacitam conventionem contineret: Neque tum opus eſſet Edicto Servii, quin ſic eſſet pactum non Lege, ſed a ſola parte conſtitutum per conventionem; taciti enim & expreſſi eadem vis eſt.

Qv. V. *An ex primo ſaltem decreto conſtituatur pignus praetorium, an ex ſecundo quoque?*

Prius affirmat *Laut. pag.* 202. item *Accurſ. ad L. 2. Si ex nox.* at poſterius verius eſt: Cum eâ tamen differentia, quod miſſus ex *primo* decreto conſequatur ſaltem pignus ad effectum cuſtodiendi, ſcil. ut vel debitor tædio adductus ſolvat, vel ne res interim alienetur aut negligatur. *L.* 5. *pr. ut in poſſ. leg. L.* 3. §. *f. de Acq. poſſ. L.* 15. §. 20. *de Damn. inf. L.* 2. *C. Qui pot. in pign. L.* 12. *pro emt. L.* 2. *C. de Pign. Praet.* Ex *ſecundo* decreto miſſus conſequitur pignus ad effectum diſtrahendi quoque, *L.* 14. §. 2. *Quib. ex cauſ. in poſſ. L.* 3. §. *fin. de Acq. poſſ.* Atque hinc nervoſe ex uno decreto creditor mitti, ex altero poſſidere dicitur. *L.* 7. §. 17. *Quib. ex cauſ. in poſſ.* *Laut. pag. 402. verb. Praetorium &c.*

Obj. (1) *L.* 26. *de Pign. act.*

Resp. Loquitur de miſſione ex primo decreto, non vero excludit pignus ex miſſione per ſecundum decretum.

Obj. (2) Quod per ſecundum decretum creditor conſequatur verum dominium, *Struv.* §. 11. *h. t.* non ergo pignus prætorium.

Resp. Immo ſolum jus diſtrahendi conſequitur, non dominium. *d. L.* 14. *d. L.* 3.

Insto, quod tamen diſerte miſſo ex ſecundo decreto dominium tribuatur in L. 15. §. 16 & 17. *de Damn. inf.*

Resp. Singulare eſt in cautione damni infecti: Nam *regulariter* in miſſione ex ſecundo decreto ſatisfit creditori per diſtractionem pignoris, ille enim debitum ſuum petit, quod ex pretio pignoris diſtracti conficitur: At miſſus ex ſecundo decreto in cauſa *damni infecti* conſequitur facultatem v. g. ædes reparandi, quod non niſi dominus poteſt, eoque ædes illæ jure dominii ei per hanc miſſionem adjudicari neceſſe eſt.

 Obj.

OBJ. (3) *L. 2. in f. Si ex noxal. &c.* ubi per miſſionem ex ſecundo decreto res in bonis noſtris eſſe incipit; in bonis autem eſſe dicitur, quod in dominio eſt. *L. 2. §. 22. Vi bon. rapt. §. fin. Inſt. Eod.*

RESP. Aliquando phraſis illa latiorem patitur interpretationem, & in bonis noſtris eſſe dicitur, quoties jus vel periculum aliquod noſtrum eſt. *L. 49. ff. de V. S.*

OBJ. (4) *L. 8. L. 9. ff. Ut in poſſ. leg.* ubi legatarii mittuntur in poſſeſſionem, hi autem ſunt ipſo jure dominii, certiſſimo indicio, quod per miſſionem ex ſecundo decreto acquiratur, non pignus, ſed dominium.

RESP. Legatarius, qui ob diem vel conditionem adjectam legatum petere nondum poteſt, mitti ad effectum conſequendi dominii nequit; tum quia jus agendi nondum habet, tum quia in omnes res hæreditarias miſſio hæc fit. *L. 5. §. 1. Ut legat. L. 5. §. 5. 6. & 7. h.* Sed effectus miſſionis in eo conſiſtit, ut ſaltem tædio perpetuæ cuſtodiæ extorqueat hæredi cautionem, *de L. 5. pr.* & ex hac miſſione conſtitui pignus prætorium, dicitur in *L. 12. ff. pro Emt. L. 2. Qui pot.* Exiſtente poſtea legati conditione, non petit, ſe mitti ex ſecundo decreto, ſed jure dominii retinet rem ſibi legatam, ſi ſcil. ſpecies, vel jus in re legatum eſt; ſi vero quantitas, tunc per miſſionem ex ſecundo decreto demum facultas diſtrahendi ei concedi debet.

Quid vero intereſt, an creditor ex miſſione illa dominus fiat, an vero jus ſaltem diſtrahendi conſequatur?

RESP. Si *Dominus* eſt, rem, in quam miſſus eſt, poteſt retinere, cum e contrario, ſi tanquam *creditor pignus* ſaltem habeat, rem ſub haſta vendere teneatur: *Illo* caſu re vendita totum pretium ſibi habet, cum *hoc* caſu reſiduum reſtituere teneatur; ſed & ſi *Dominus* eſt, in concurſu creditorum jure ſeparationis præfertur omnibus creditoribus, ſecus ſi ſaltem *creditor* eſt hypothecarius, &c.

Denique & (5) ei, quod dixi, pignus ex primo quoque decreto conſtitui, obſtare videtur, quod pignus ſupponat poſſeſſionem, miſſio vero ex primo decreto non infert poſſeſſionem. *L. 3. §. f. ff. de Acq. poſſ.*

RESP. Non quidem vera illa poſſeſſio, de qua in dicta Lege agitur, miſſo competit, ſed corporalis tamen detentio, quæ cuſtodiam & obſervationem infert, *d. L. 3.* & quæ ſufficit ad conſtituendum pignus prætorium ex primo decreto. *L. 2. C. Qui pot. L. 26. pr. de Pign. act.*

Atque hanc ſententiam tuentur *Carpz. p. 1. c. 9. def. 14. 15. ſeq. Berl. p. 1. c. 17. & ſeq.* & alii.

In

In praxi ſpecies pignoris Prætorii eſt introducta, quod contrahitur per arreſtum, quo perſona vel res ob debiti ſecuritatem ſiſti jubetur, de quo vide late *Carpz. in proc. tit. de Arreſtis.*

Qv. VI. *An pignus teſtamento conſtitui poſſit?*

Affirm. *L.* 26. *ff. de Pign. act. L.* 12. *ff. de Alim. leg. Lauterb. pag.* 402. Neque *obſtat,* quod pignus ſit contractus, *§. f. I. Quib. mod. re contr. obl.* contractus autem in teſtamento fieri nequit. *L.* 20. *ff. de V. S.* *Laut. pag.* 402. verb. *vel teſtamentarium.*

Resp. Quando pignus teſtamento conſtituitur, id non fit per modum contractus, ſed ultimæ voluntatis & legati, eodem modo, uti correi & conventione partium, & ultima voluntate conſtitui poſſunt, *L.* 9. *pr. & L.* 17. *ff. de Duob. reis.*

Pro hac ſententia militant *Ferret. ad L.* 21. *§. f. Qui teſt. fac. Clar. L.* 3. *Sent. §. teſtam. q.* 75.

Qv. VII. *An genere bonorum, quod mutari ſolet, pignorato, ſingulae res quoque obligatae videantur?*

Præmittendum eſt, pignus eſſe generale vel *ſimpliciter,* cum bona in genere ab homine vel *ſecundum quid,* ſi merces in genere, vel taberna &c. obligantur. Poſteriori caſu non intelliguntur ſingulæ ſpecies obligatæ. Nam hæ non inferuntur, ut perpetuo ibi ſint, ſed commutandi cauſa, ibi ergo quotidie mercium ſpecies mutantur, & alienatis aliæ ſurrogantur. *L.* 34. *pr. h.* Quo ipſo alienatæ liberæ fiunt, ex natura commercii, quod alias conſtituto pignore ceſſaret: at ſurrogatæ obligantur, ne deterior fiat conditio creditoris. *Laut. pag.* 402. verb. *generale quod afficit omnes &c.*

Atque hæc mutatio, ſurrogatio, novarumque mercium illatio licita eſt usque ad tempus mortis, quo finiri ſolet negotiatio, nam tum ſingulæ quoque ſpecies, quæ in taberna inveniuntur, pignori obligatæ eſſe videntur. *d. l.* 34. *pr.*

His ita præmiſſis dicimus, quod, ſi genus bonorum, quod mutari, & ubi alia aliis ſubſtitui ſolent, pignoretur, ea, quæ interim alienata ſunt, non tranſeant cum onere, utpote quod non eſt impoſitum ſingulis ſpeciebus ſed generi. *d. l.* 34. *pr.*

Idem obtinet in invectis & illatis in prædium urbanum; nam cum non inferantur, ut perpetuo ibi ſint, indeque tale bonorum genus ſit, quod mutari ſolet, & ubi ſpecies ſuccedunt in locum priorum, non videtur excluſa facultas interim alienandi, eoque alienari ſine onere poſ-

possunt. *L.* 9. *In quib. caus. pign.* Exc. si singulæ res oppignoratæ sint, uti si illa invecta & illata, ex conventione manifestarii, i. e. specialis pignoris nomine teneantur, *l.* 9. *ff. In quib. caus. pign.* vel si pensione non soluta invecta & illata percludantur, i. e. arrestentur. *d. l.* 9. His enim casibus, singulæ res pignori sunt, & præsentia, non successiva corpora sunt in obligatione, indeque onus singulis rebus inhæret, quod proinde transit ad quemlibet possessorem. *d. l.* 34. *d. l.* 9.

Eadem ratio est si quis in genere peculium, gregem, familiam &c. oppignoraverit, quia sunt nomina talis universitatis, ubi sua natura species non manent eædem, sed aliæ surrogantur, indeque singulæ species absque onere alienari possunt, novæque comparatæ in earum locum succedunt. *L.* 65. *pr. de leg.* 2. *L.* 13. *pr. h.*

Qv. VIII. *An, bonis in genere oppignoratis, etiam futura veniant?*

Laut. pag. 402. verb. *futuras &c.*

AFFIRM. (1) Quia genus intelligitur obligatum, sub quo augmentum & decrementum continetur; uti enim taberna, grex, &c. ita & bona mutantur: & alienatis alia surrogantur. (2) Quia negotium pignoris durat, donec solvatur; quicquid ergo interim acquiritur, eo afficitur, *l.* 23. *ff. de Serv. praed. urb. arg. l.* 34. *de Pign. L. f. C. Quae res pign.* ibi: *quam futurarum hypothecam sancimus* & mox: *jus tamen generalis hypothecae etiam ad futuras res producatur.*

OBJ. (1) *L.* 7. *de Aur. leg.* ubi *si* in genere servos meos alii lego, futuri non continetur, sed tantum illi, qui testamenti tempore fuerunt.

RESP. (1) Non ibi de omnibus bonis agitur, nec de genere bonorum, sed de re speciali, scil. de *suis servis*, ibi igitur intelligitur ea res, quæ tum ejus fuit, cum testatus est, non autem eo tempore potest vere suum dicere, quod non habuit, sed postea quæsivit: secus in voce *omnium bonorum*, quæ non afficit hanc vel illam rem, sed patrimonium in genere quod quotidie mutatur eadem ratione, uti merces.

RESP. (2) Diversa ratio est in pignore & legato; nam pignus continuatur usque ad solutionem, & sic singulis diebus nova quasi est hypotheca bonorum, eoque augeri & minui potest: sed legatum uno momento perficitur, quicquid postea accedit vel decedit, est lucro & damno hæredi.

OBJ.

Obj. (2) Quod, omnibus bonis donatis, non contineantur futura.

Resp. Quia hæc quoque momento peragitur, & rebus præſentibus traditis liberatur is, qui promiſit, & tollitur obligatio; ſed pignus tractum temporis habet, & durat, donec ſolutum fuerit.

Obj. (3) Quod, ſi rationes in pignore bonorum veræ, & rationi juris convenientes eſſent, non opus fuiſſet, ſpeciali Lege ſtatuere, ut ſub pignore bonorum etiam futuræ veniant, uti tamen factum in *d. L. f.*

Resp. (1) Dubium id fuit Jure Civili; quod ſuſtulit Imperator *d. L. f.*

Resp. (2) Rebus pignoratis, dubium fuit, an futuræ contineantur; & hoc ſolum deciditur in *d. L. f.* at bonis pignoratis, dubium eſſe non potuit, quin univerſitas Bonorum pignori tamdiu ſit, donec pignus ſolvatur.

Conf. *Goth. ad d. L. f. Strav. h.* §. 20. *Sand. L.* 3. *dec.* 12. *def.* 9.

Qv. IX. *An, pignore obligato, etiam fructus & acceſſiones obligatae videantur?*

Affirm. *L.* 1. *C. de Pact. pign.* *L.* 26. §. *f. h.* Modo (1) nati ſint fructus, quia tacite hæc conditio ineſt; & (2) fructus in bonis oppignorantis ſemel fuerint: quia non potuit pignus & jus in re conſtitui a debitore in re, quæ nunquam ipſius fuit; ſi vero fructus quæ ſemel in bonis fuere, ex quo pignus conſtitutum eſt, cauſa pignoris, quæ ſemel in fructibus nata eſt, durat, & fructus tranſeunt cum ſuo onere. *L.* 67. *de Contr. Emt.*

Laut. pag. 402. verb. *acceſſorium tamen &c.*

Atque ex his apparet, fructus fundi pignorati pignori eſſe, etſi debitor fundum alienaverit, idque non tantum, ſi ante venditionem nati ſunt, ex tempore pignoris contracti, ſed & ſi poſt venditionem, *L.* 18. §. 2. *de Pign. act.* modo ante traditionem; *L.* 1. §. 1. *L.* 29. §. 1. *h. t.* quia fructus, ante venditionem nati, manent in bonis venditoris, adeoque & pignori obligati.

Secus ergo, ſi poſt traditionem fructus naſcantur, quia naſcuntur ex re emtoris, eique acquiruntur, adeoque nunquam poſſunt videri affecti pignore, quod venditor conſtituit, non ante traditionem, quia nondum extitere, non poſt eam, quia in re, quæ in bonis venditoris amplius non eſt, pignus non poteſt conſtitui.

Hinc (1) non obſtant invicem duo textus in *L.* 18. *§.* 2. *de Pign. act.* & *L.* 29. §. 1. *h. t.* nam ille loquitur de fructibus poſt venditionem, *d. l.* 18. ibi: *ſi fundus pignoratus venierit, manere cauſam pignoris;* & mox: *poſt venditionem &c.* hic de fructibus, poſt traditionem natis, ſupponitur enim in *d. L.* 29. caſus, ubi apud alium *dominum* fructus naſcuntur, quod fit poſt traditionem, hi ergo nunquam debitoris fuere. *L.* 1. §. 2. *eod.*

Insto. Quod *d. L.* 18. *§.* 2. etiam loquatur de fundo tradito, ibi: *cum ſua cauſa fundus tranſeat.* Et tamen dicitur, fructus quoque eſſe pignoris jure.

Resp. Imo fundus tranſire ſtatim poſt venditionem dicitur, quia ſcil. venditor actione perſonali rem perſequi poteſt.

Obj. (2) *d. L.* 1. *§.* 2. ubi demum in *conſumtis* ab emtore fructibus ceſſat pignus, & Serviana: *Extantes* ergo erunt pignori.

Resp. Ratio, cur in fructibus illis ceſſet pignus, non eſt, quod conſumti ſint, ſed quod nunquam debitoris fuerint, *d.* §. 2. *in fin.* quia emtor, tradito fundo, ſibi fructus acquirit, & jure dominii conſumit. Hi ergo fructus non erunt pignori, ſive conſumti ſint, ſive extent.

Obj. (3) *L.* 26. §. *f. h.* ibi: *neque ex pignoratis ancillis nata &c.* Ergo ex ancillis nata pignori ſunt poſt diſtractionem.

Resp. Verum eſt, non eſſe pignori, ſi ex pignore nata non ſunt, quia non ſunt acceſſio, ſed inde a contrario non ſequitur, nata ex ancillis ſemper eſſe pignori. Hæc enim argumenta a contrario plerumque fallunt: & hic inprimis argumentum fallit, ſi poſt traditionem nata ſint.

Obj. (4) *L.* 1. §. 1. *h.* ubi, ſervo pignorato, creditori non obligatur ejus peculium.

Resp. Quia eſt quidem acceſſio ſervi, & ſine ſervo eſſe nequit, ſed tantum quoad onus adminiſtrandi, adeoque non ſimpliciter ſequitur ſervum ut ejus acceſſio, *L.* 3 *de Evict.* ſed ſequitur ſervum quoad jus domini, non tertii, neque eſt acceſſio ſervi active, ſed paſſive, non, ut is jus inde habeat, quod ad ſecuritatem creditoris pertinere poſſit, ſed onus tantum adminiſtrandi nomine domini, hoc onus nihil facit ad ſecuritatem creditoris, & hic nihil ex eo haberet, niſi hoc onus, quo ipſi cautum non eſt.

Obj. (5) *L.* 18 §. 3. *de Pign. act.* ubi, ſylva pignorata, navis tamen, ex ejus ligno facta, obligata non eſt.

Resp.

Resp. Lignum quidem est fructus sylvæ, non vero navis inde confecta, nam potius tunc dignum illud periisse per specificationem videtur. *Struv. Evol. ad Ex. 26. th.* 21.

Confer. *Oldend. Act. class.* 3. *act.* 10. *Bach. de Pignor. L.* 3. *c.* 14. *n.* 3. *& seq.*

Qv. X. *An procuratoris omnium bonorum mandato contineatur, ut possit rem pignori dare?*

Negatur: Quia pignus dando non administrat, sed alienat, & dominum obligat, jusque in re transfert. Ex c. (1) Si dominus ipse solitus sit id facere; *l.* 12. *ff. de Pign. act.* nam recte gerit, qui sequitur morem domini, nec improbare potest dominus, quod ipse agere solet. (2) Si in utilitatem domini pecunia versa sit, nam hæc quoque est justa administratio, & sic mandata, *L.* 1. *C. si alien. res. Laut. pag.* 403. *in pr.* *Laut pag.* 402. verb. *vel generali illius &c.*

At tutor potest rem pupilli pignori dare; *L.* 11. §. *f. de Pign. act.* quia hic loco domini est, nec præjudicium fit pupillo, quia etsi valeat obligatio, læso tamen pupillo datur restitutio. *Dissent. Laut. pag.* 403. verb. *qui nomine pupilli &c.*

Obj. *L.* 16. *de Pign. act. L.* 3. *C. si res. pign.* ubi tutori tunc demum pignori dare licet, quando in rem pupilli obligat; adeoque non nisi in utilitatem ejus.

Resp. in rem pupilli obligare hic idem est, quod nomine pupilli, & pro ipsius debito obligare, uti & explicatur in *l.* 10. §. 1. *de Cur. fur.* nam dictum jam est, non opus esse, ut in utilitatem pupilli vertatur, quia læso salvo res est per restitutionem in integrum.

Qv. XI. *An bonae fidei possessor possit pignus constituere?*

Resp. Proprie loquendo bonæ fidei possessor constituere pignus non potest; quia jus in re aliena non habet: verum uti Prætor eum, qui rem a bonæ fidei possessore emit, tuetur per Publicianam, NB. contra eum, qui infirmiori titulo possidet, instar domini; ita & eum, qui pignori a bonæ fidei possessore accepit, per Servianam, instar creditoris pignoratitii. Conf. *L.* 3. §. 1. *Qui pot.* Cum ergo bonæ fidei possessor pene sit domini loco, *L.* 48. *pr. de A. R. D.* qua talis, & alienare & pignorare potest. *Laut. pag.* 403. verb. *a bonæ fidei possessore &c*

Valet proinde hoc pignus, & defenditur per Servianam, non contra quemcunque possessorem, sed tantum contra eum, qui Publiciana conveniri

 potest

poteſt, ſcilicet, qui infirmiori titulo tenet, uti qui tenet mala fide, vel generali titulo, vel ſpeciali quidem, ſed ab alio non domino. Vid. *L.* 9. §. 4. *l. f.* §. *fin. de Publ. in rem &c.* Atque hinc hæc actio Serviana nunquam datur contra dominum ipſum, ſed creditori agenti obſtat exceptio juſti dominii.

Obj. (1) Cur ei, qui a bonæ fidei poſſeſſore dominium acquirit, nova actio, ſcil. Publiciana, datur, cum ei, cui a bonæ fidei poſſeſſore pignus conſtituitur, ordinaria ſcil. Serviana detur: Cur, inquam, priori caſu non itidem ordinaria rei vindicatio ſufficere poterat?

Resp. Dominio prætorio non poterat rei vindicatio, quæ erat civilis, & non niſi dominio civili dabatur, tribui, indeque pro vindicando illo dominio remedium prætorium introducendum erat, quod eſt Publiciana; Aſt pro vindicando pignore prætorio non opus erat nova actione, quia Serviana jam erat a prætore introducta; qua uti omnia alia pignora prætoria, ita & hoc, quod a bonæ fidei poſſeſſore conſtituitur, defendi & vindicari poterat.

Obj. (2) Quod is, qui jus in re conſtituit, ante omnia probare debeat, ſe jus in re habere, bonæ fidei autem poſſeſſor id probare non poteſt.

Resp. Ad conſtitutionem dominii vel pignoris prætorii non requiritur, ut jus in re probetur, ſed ſufficit, probari bonam fidem & juſtum titulum ejus, qui vel dominium prætorium, vel pignus tale conſtituit.

Qv. XII. *An pignus valeat in re aliena?*

Laut. pag. 403. verb. *non valet &c.*

Resp. Contractus pignoris ſubſiſtit in re aliena, quia non res, ſed perſona tantum obligata eſt, *l.* 9. *pr. l.* 16. §. 1. *de Pign. act.* Jus pignoris in re non valet in re aliena, quia, qui ipſe jus in re non habet, id alii conſtituere non poteſt. *L.* 6. §. 7. *de Pign. tot. tit. C. ſi alien. res &c.*

Obj. (1) *L.* 9. §. 1. *ff. de Pign.* ubi, quod vendi poteſt, etiam poteſt pignorari, at res aliena vendi poteſt. *l.* 28. *de Contr. emt. l.* 1. §. 8. *l.* 30. §. 1. *de Act. emt.*

Resp. Accurata eſt ſimilitudo. Contractus emtionis valet in re aliena, contractus pignoris itidem; ſed illa emtione non transfertur dominium in re vendita, nec ex hoc contractu pignoris jus pignoris in re: verum utrobique actione perſonali contra auctorem agitur ad id, quod intereſt.

Obj.

Obj. (2) *L.* 28. *ff. de Rei vind.* ubi bonæ fidei poſſeſſor ſervum oppignorare poteſt, valet ergo pignus etiam in re aliena.

Resp. Bonæ fidei poſſeſſor habetur pro domino prætorio, *l.* 48. *pr. de A. R. D.* & qua talis alienare poteſt, nedum oppignorare: & licet poſtea reſolvatur uſucapio, non tamen tollitur pignus ipſo jure. Unde caveri debet domino, rem illam pignoratam vindicandi. *d. l.* 18. *vid. quæſt. ſeq.*

Obj. (3) Quod omnis conventio de pignore jus in re transferat, adeoque nec pactum pignoris de re aliena valebit.

Resp. Imo aliud eſt pactum hypothecæ, quod eſt ex jure in re; aliud contractus pignoratitius, qui eſt ex jure ad rem: Illud nunquam valet in re aliena, hic omnino valet. *L.* 9. *pr. L.* 16. §. 1. *de Pign. act.*

Qv. XIII. *An pignus, a non domino conſtitutum, convaleſcat, ſi hic vero domino poſtea fiat hæres, vel contra?*

Resp. Convaleſcit pignus ad eum effectum, ut utilis actio pignoratitia detur creditori, ad repetendum id, quod pignoris nomine ei abeſt. Neque dubium eſt de caſu, quo qui ipſe obligavit, poſtea hæres fit; jam enim propter concurſum voluntatis & dominii convaleſcit pignus, debitorque doloſe & improbe actioni illi reſiſteret, nam dum contra proprium factum veniret, vere ex ſuo mendacio argui poſſet. *L.* 41. *pr. de Pign. act. L.* 1. *pr. h. L.* 5. *C. ſi al. res pign.* *Laut. pag.* 403. verb. *Convaleſcit tamen &c.*

Ad res dubia videri poterat poſteriori caſu, ſi, non qui obligavit, hæres domino, ſed dominus, cujus res obligata fuit, obliganti hæres fit, quia hoc caſu ipſe non obligavit, nec ex ſuo mendacio arguitur, *d. l.* 41. *in fin.* verum de hoc quoque caſu idem, quod ante, dicendum eſt, per textum expreſſum in *l.* 22. *h.*

Neque Obstat *d. l.* 4. *verſ. Non eſt idem &c. ff. de Pign. act.* ubi directo contrarium ſtatui videtur.

Resp. Ibi diſputat JCtus ex ſententia adverſariorum, & eorum rationes proponit, ſed in fine id corrigit, & rejicit, uti ſæpius in aliis JCti ſolent. vid. *L.* 14. *§. fin. de Alim. leg. l.* 14. *§.* 11. *de Minor. l.* 25. *de Fidej. l.* 1. *§.* 2. *h. §.* 11. *Inſt. de Legat. l.* 57. *ff. Mand.* Equidem non ſine judicio dici videtur, verſiculo finali: *ſed ſi conveniſſet &c.* inſtrui caſum initii, & reddi rationem differentiæ inter eum, quo quis ex ſuo mendacio arguitur, quia

ipſe quaſi ſuam obligavit, & alterum, qui ipſe non obligavit, ſed ſaltem obliganti hæres ſit, eoque ex ſuo mendacio argui non poteſt. Verum ſatis apparet, verſum illum refellere id quod proxime præceſſit, quod ex inſpectione ipſius textus clare apparebit: verba hæc ſunt: *Non eſt idem dicendum*, (ſcil. ut videtur) *ſi ego Titii, qui rem meam obligaverat ſine mea voluntate, hæres extitero, hoc enim modo pignoris perſecutio concedenda non eſt* (ut videri poſſet) *creditori*. Hocque dubium ratione quoque confirmat JCtus: *Neque utique ſufficit ad competendam utilem pignoratitiam actionem, eundem eſſe dominum, qui etiam pecuniam debet*. At hæc vero reſpondet JCtus, ea huc non facere, ubi conveniſſet cum defuncto de pignore, ſi enim de eo conveniſſet, de mendacio argui, & improbe reſiſti: atque hinc ita pergit JCtus: *Sed ſi conveniſſet de pignore, ut ex ſuo mendacio arguatur, improbe reſiſtit, quo minus utilis actio moveatur*. Atque pro hac explicatione militat tum textus expreſſus in *l.* 22. *h.* tum generalitas allegatæ rationis, nam de ſuo mendacio (ſeu, quod idem eſt, dolo, vid. *L.* 35. *pr. Aur. leg.*) arguitur, tam qui contra factum defuncti, quam proprium venit.

Senſus ergo *d. l.* 41. eſt, etiamſi pignus non convaleſcere videatur, ſi dominus obliganti fiat hæres, quia ſua voluntate non obligavit, & quia non ſufficit, eundem eſſe dominum, & debitorem, ut detur actio pignoratitia utilis, niſi & voluntas accedat &c. Tamen his omnibus non obſtantibus, dari pignoratitiam utilem, ſi conveniſſet de pignore, quia ex ſuo quoque mendacio arguitur, qui contra factum defuncti, cujus perſonam repræſentat, venit.

Varias reſolutiones vide apud *Pagenſt. Sicilim. Manip.* 3. *p.* 111. *Goth. ad d. l.* 22. *&* 41. *Struv. Evol. ad Ex.* 26. §. 17. Alii enim dicunt *d. l.* 41. agere de directa actione pignoratitia, quod textus bis refellit. *Alii*, quod JCtus in *d. l.* 41. agat de jure ſtricto, in *L.* 22. de æquitate; *Alii*, ſub Modeſtino in *d. l.* 22. obtinuiſſe utilem, eoque ſententiam Pauli in *L.* 41. mutatam eſſe; *Alii*, *d. l.* 41. agere de contradicente, ſed *d. l.* 22. de ignorante. *Alii* antinomiam ſtatuunt.

Obj. (2) Quod id, quod ab initio nullum eſt, ex poſtfacto convaleſcere nequeat.

Resp. Nec convaleſcit ad eum effectum, ut directa actio inde detur, ſed ut detur utilis tantum propter æquitatem, quæ non patitur, ut quis vel contra factum defuncti, vel proprium veniat.

Qv.

Qv. XIV. *An poſſeſſor rei ſpecialiter pignoratæ poſſit uti beneficio excuſſionis?*

AFFIRM. Quod ut clare demonſtretur, res altius paululum repetenda erit. *Laut. pag.* 404. verb. *Etiam in ſpeciali &c.*

Jure Romano initio reipublicæ prius conveniendus fuit debitor principalis, quam Creditor ad pignora, eorumque poſſeſſores, pervenire potuit. Idque intentioni contrahentium conſentaneum videbatur, quia acceſſiones, ut pignora, tantum in ſecuritatem debiti, & ne executio inanis redderetur adeoque in ſubſidium obligantur, juxta quam intentionem excuti prius ipſa debitoris perſona, & ſi ſolvendo non eſſet, executio in res & pignora fieri debeat. Vid. elegantiſſime *Frantzk. L.* 1. *Reſ. XII. n.* 1. *ſeq.*

Poſtquam vero Prætor Servius creditori pignoratitio jus quoque agendi contra tertios poſſeſſores dedit, eoque pignus jus in re conſtituit, §. 7. *Inſt. de Act.* ex eo tempore liberum fuit, vel perſonam debitoris, vel poſſeſſorem pignoris eligere, *L.* 14. *L.* 24. *C. de Pignor. L. fin. C. de O. & A.* vel utramque ſimul intentare, *L.* 13. §. 4. *ff. de Pign. L. fin. C. D. O. & A.* vel variare, unaque, omiſſa ad alium tranſire, *d. L.* 5. *L.* 23. *& L.* 25. *& L. f. C. de Fidej. L.* 13. §. 4. *de Pign. L.* 56. *Mand.* licet ſententia damnatus jam fuerit principalis reus; *L. f. de Fidej. d. l.* 13. §. 4. quæ omnia egregie exponit, & hujus effectus rationem affert. *Frantzk. d. l. n.* 4. *&* 5.

Hæc autem ipſa eligendi facultas ſolenniter ſublata eſt a Juſtiniano in *Nov.* 4. & revocata antiqua lex, qua perſonalis actio contra perſonam debitoris, priusquam creditor ad pignoris poſſeſſorem pervenire poterat, inſtitui debeat, *Auth. Sed hodie. C. de O. & A.* & juxta hanc *Novellam* indubium eſt, tam in generali, quam in ſpeciali hypotheca reum principalem prius excutiendum eſſe. Conf. *Cuj. L.* 8. *Obſ.* 19. & *Frantzk. L.* 1. *Reſ.* 12. *n.* 7. *ſeq.*

Aſt huic ipſi *Novellæ* 4. iterum per *Nov.* 112. derogatum eſſe, non infimæ autoritatis JCti contendunt, putantes, mediam ibi viam ingreſſum eſſe Imperatorem, &, cum jure Digeſtorum & Codicis excuſſio rei principalis penitus abolita, jure Novellarum e contrario reducta fuerit, in hac *Novella* diſtinctione quadam inter pignus generale & ſpeciale rigorem *Nov.* 4. mitigare voluiſſe, ita, ut contra generalem quidem hypothecarium excuſſionis exceptionem admiſerit, non vero contra ſpecialem. *Berl. part.* 2. *c.* 24. *n.* 67. *&* 68. *n.* 71. *Carpz. p.* 2. *c* 18. *def.* 18. *& L.* 2. *tit.* 7. *R.* 72. *n.* 4. *ſeq.*

ſeq. Brun. ad Auth. Hoc ſi debitor. C. de pign. n. 3. *Hahn. ad Weſenb. tit. de Diſtr. pign. n.* 1. *Mev. p.* 2. *dec.* 286. *n.* 5. *Stryk. de inveſt. act. ſect.* 2. *m.* 5. §. 8. *Hopp. ad tit. I. de Act.* §. 7. *num.* 1 *Fab. C. L.* 8. *tit.* 23. *def.* 11. *n.* 5. *Oldend. claſſ.* 3. *act* 10. *H. Hartm. Pract. Obſ.* 1. *Miſcell. ex Jur. Civ. Obſ.* 26. *Theſ. dec.* 51. *Cujac. Obſ.* 19. *Schneidew.* §. *Item. de act. n.* 64. *Bald. rubr. C. h. t.* Eamque ſententiam in foro receptam ait *Stryk. d. l.* Conf. *Berger. ad Laut. qu.* 2. *de Pignor.* Atque ita ſæpius in Viadrina reſponſum memini.

Verum nihil hac de re dicitur in dicta *Nov.* 112. ſane non credendum eſt, Imperatorem juri adeo ſolenniter in *Nov.* 4. conſtituto incidenter, nec facta legis mentione, derogare voluiſſe; ſed & repugnant huic opinioni mens & verba dictæ *Nov* 112. Dubium enim ibi motum fuit Imperatori, an hypotheca ſit res litigioſa? quod quibusdam exinde videbatur, quod effectum litigii hoc obſervaſſent, utpote cum viderent, quotidie creditores res ſibi obligatas a tertio poſſeſſore vindicare, alienationemque pro nulla declarari, hoc dubium tollit Imperator, negando, pignus eſſe litigioſum, ſive illud ſit generale, ſive ſpeciale, addens, alienationem pignoris non ſimpliciter eſſe nullam, (ſecus ac ſi res litigioſa eſſet,) ſed ſub diſtinctione omnino alienari poſſe, & valere eam, ſi ex pretio pignoris ſpecialis venditi ſatisfiat creditori, ſin minus, nullam eſſe alienationem & vindicari pignus poſſe: indequi concludit, multo minus generale pignus litigioſum eſſe, quia major hic eſt alienandi facultas: valet enim ejus alienatio, etſi ex pretio venditi pignoris ſatisfactum non fuerit, modo ex aliis hypothecæ generalis bonis ipſi ſatisfieri poſſit. *L.* 2. *C. de Pig.* Apparet ergo in *Nov.* 112. plane quæſitum non fuiſſe: *an creditor pignus alienatum a tertio poſſeſſore vindicare poſſit, non excuſſo debitore principali?* (hoc enim poſt *Nov.* 4. inepte in dubium vocatum fuiſſet,) ſed, *an, excuſſo principali debitore.* (id enim ſupponitur), *pignus vindicari poſſit a tertio poſſeſſore tanquam res litigioſa?* Hoc ſolum decidit Imperator, non eſſe litigioſum, nec alienationem ejus ſimpliciter eſſe nullam, ſed eam ſub diſtinctione valere, ſi nimirum debitor ex pretio venditi pignoris *ſpecialis* creditori ſatisfaciat, alias vindicari poſſe. Indeque concludit, *generale* pignus multo minus eſſe rem litigioſam, quia ſcil. hujus alienatio valet, etſi debitor non ſatisfaciat creditori ex pretio venditi pignoris, modo ex reliquis generalis hypothecæ bonis huic ſatisfieri poſſit *d. L.* 2.

Diſtinctio ergo, quam ibi tenendam decernit Imperator, non pertinet ad hypothecam generalem vel ſpecialem, & quaſi in hac, non in illa, ex-

cuſſio

cussio fieri debeat; sed spectat illa alienationem hypothecæ, sive generalis, sive specialis, hanc alienationem enim sub distinctione permittit Justinianus & quidem quoad *speciale* pignus eam tum permittit, quando ex pretio venditi pignoris creditori satisfit, quoad *generale* vero tunc, cum vel ex illo pretio satisfit, vel ex reliquis bonis debitoris ei satisfieri possit; adeoque ideo separat pignus *generale* & *speciale*, quod in generali facilius alienatio admittatur, indeque minus dubium sit, illud litigiosam rem non esse

Firma ergo manet regula, quod creditor rem debitoris, sibi sive generaliter, sive specialiter obligatam, non possit a tertio possessore vindicare, antequam personalem actionem contra debitorem & fidejussores exercuerit: Certumque est, hanc regulam *Novellae* 4. nullibi, nec per *Nov.* 112. mutatam esse. Atque hanc sententiam defendunt *Struv.* *L.* 2. *t.* 35. §. 20. *Ex.* 28. *th.* 38. *Carpz. d. c.* 18. *d.* 17. *Mev. p.* 8. *d.* 396. *n.* 1. *& p.* 9. *dec.* 97. *Brunn. ad l. f. C. de O. & A. Laut. p.* 404. *Phil. L.* 4. *E.* 47. *in fin. Ecl.* 48. *Hyp. Inst. tit. de act.* §. 10. sive rem quis possideat titulo oneroso, sive lucrativo, *Mev. p.* 8. *dec.* 396. adeo, ut possessor ad cautionem interim, dum excutitur, adstringi non possit, *Sand. dec. L.* 1. *t.* 12. *def.* 4. *dec.* 399. Idque etiam extendit, sive ante, sive post actionem hypothecariam institutam ignoranter rem emerit. *Sande dec. L.* 1. *t.* 12. *def.* 4. Atque juxta illam regulam Curia Halberstadiensis in contradictorio rem decidit in causa Provisorum **des Hospitals** S. Spiritus, contra **den** Advocat **Ritzenberg**, d. 27. Mart. 1710. ut & per tres conformes sententias in causa **des Helmerdingischen Testaments** Procuratoris, contra **Beyendorfen**, d. 11. Oct. 1698. d. 1. Jul. 1690. & d. 9. Jul. 1691. Quanquam contrarium obtinuerit in causa **der Schmiede-Innung**, contra **Ulrich**, & in causa **Ellge**, contra **Weddi, und Oldenbrug**, d. 13. Sept. 1674. & d. 19. Sept. 1695.

Qv. XV. *An creditor fundum, sibi oppignoratum, propria autoritate occupare possit?*

NEGATUR; propter textum expressum in *L.* 3. *C. de Pign.* ibi: *auctoritate Praesidis possessionem adipisci debent*, & propter rationes *Lib.* 19. *tit.* 2. *q.* 16. allegatas. *Laut. pag.* 404. verb. *datur creditoribus.*

OBJ. (1) *d. l.* 3. ibi: *secundum conventionis legem.*

RESP. Conventionis lex est, ut possit possessionem ingredi; sed quid, si possessor eum impediat? sane tunc non nisi autoritate Præsidis ingredi debet, *de l.* 3.

INSTO: Verbum *debent* in *d. l.* 3. tantum esse honestatis. *Sand. L.* 1. *dec. tit.* 12. *def.* 3.

RESP. Imo sua natura est necessitatis.

OBJ. (2) *arg. l.* 11. *C. de Pign. act.* ubi dicitur, quod creditor non possit *citra conventionem vel praesidialem jussionem* pignus auferre; Ergo, si ita convenerunt, potest.

RESP. Varie Dd. apud Dn. *Berger. Resol. h. q.* 4. qui recte ait, ibi non quæri, an creditor propria autoritate rem occupare possit, sed an creditor possit conveniri actione pignoratitia ad restituendum pignus, quod forte alii transtulit; idque asseri ait per rationem, quia creditor sine pactione vel præsidiali jussione non potuit alienare & in alium transferre, eoque jus debitori auferre.

De hac materia vide *Wurmf.* 1. *C.* 30. *c.* 9. *Neguzant. de Pign. membr.* 3. *p.* 4. *n.* 9.

Qv. XVI. *An, si debitor ipse rem possidet, hypothecariae praescribatur* 40. *annis?*

Laut. pag. 404. verb. *debitore ipso non possidente &c.*

AFFIRMATUR, per *L.* 7. *pr. &* §. 1. *de Praescr.* 30. *vel* 40. *ann.* Nam cum duplici actione teneatur hujusmodi debitor, tum actione personali ex contractu, tum reali ex hypotheca, illa licet extincta, hæc tamen durat: & cum ad excludendam posteriorem 40 anni requirantur, creditor nisi iis elapsis repelli potest. Quidam hoc nulla ratione a Justiniano constitutum ajunt; alii alio modo eum excusant. *Vid.* Wissenb. *ff. tit. Quib. mod. pign. solv.* §. 35.

INSTO: Qua ratione durare potest pignus, sublata actione principali per 30. annos, & ne quidem manente obligatione naturali?

RESP. Pignus non est talis accessio, quæ nullo modo sine principali consistere potest, uti fidejussio, quin hæc idem cum principali debitum continet, pignus proprium: si proinde ab initio debitum fuerit, durat pignus, etsi præscriptum sit principali debito, quia præscriptio non est loco solutionis seu satisfactionis. *L.* 2. *C. de Luit. pign.*

Vera autem est illa regula non tantum de debitore, sed & de ejus hærede, quin & de posteriori creditore, donec communis creditor vivit, contra hos omnes creditor hypothecaria ad 40. usque annos agere potest. *d. L.* 7. §. 1. & 2. & *L.* 1. §. 1. *C. de Ann. Exc. Dn. Par. in Hyp. Inst. L.* 2. *tit.* 6. §. 14.

Qv.

Qv. XVII. *An pignus, ex caufa mutui datum, ob aliam caufam retineri poffit?*

RESP. Diftinguendum eft, an debitor *folverit* debitum, & creditor pecuniam ex mutuo debitam *acceptaverit*; an vero debitor *obtulerit* debitam fummam, creditore *non acceptante*, nifi & altera fumma offeratur. *Laut. pag.* 404. verb. *Et poteft creditor &c.*

PRIORI cafu creditor non poteft retinere pignus ob aliam caufam, per textum expreffum in *L.* 11. *ff. de Pign. act.* ubi *foluto* eo, propter quod eft obligatum pignus, locum habet pignoratitia; quæ generalis regula quoque continetur in *L.* 3. *C. de Luit. pign. ibique Goth. L.* 9. §. 3. *de Pign. act.* Adeo, ut nec propter ufuras, ex mutuo debitas, retineri poffit, *d. L.* 11. Nifi id in fpecie pactum fit, *L.* 4. *C. de Ufur.* Exftincta enim eft tota obligatio pignoris, *foluta* forte, in quam pignus obligatum erat; atque hac *folutione* omne jus creditoris, quod in pignore habebat, definit. Indeque pignus fine caufa eft penes creditorem, qui imputare fibi debet, quod utriusque debiti folutionem non exegerit, quo ipfo renunciaffe beneficio *Legis unicae, etiam ob chirogr.* videtur.

POSTERIORI cafu, ubi debitor debitum, in quod pignus eft obligatum, *offert*, creditor autem oblatam pecuniam *acceptare* nolit, nifi & alterum debitum folvatur, retinere omnino pignus poteft creditor, ac exceptione doli repellere debitorem, donec ex utroque debito folutio *offeratur.* Omnino enim dolo agit debitor, qui repetere vult pignus, nec tamen folvere vult id, quod notorie debet, licet ex alia caufa. Atque de hoc cafu in terminis loquitur *L. un. C. Etiam ob chirogr.* ibi: *nifi eo quoque pecunia tibi a debitore reddatur vel offeratur, quae fine pignore debetur, eam reftituere propter exceptionem doli mali non cogeris. Jure enim contendis, debitores eam folum pecuniam, cujus nomine eam pecuniam obligaverant, NB. OFFERENTES audiri non oportere, nifi pro illa etiam fatisfecerint, quam mutuam fimpliciter acceperunt.*

Neque inufitatum eft in jure, debitoribus beneficia quædam ante folutionem tribui, quæ, facta folutione, expirant. Sic enim correus, qui folvit debitum, ante folutionem cedi fibi actiones contra correum propitio jure contendit, at, facta folutione, actiones, quæ femel folutione extincte funt, cedi amplius non poffunt. *Vid. infr. tit. te correis &c.*

Varias Doctorum fententias vide apud *Fabr. C. tit.* 16. *def.* 3. *Mev. p.* 2. *Dec.* 114. *Stryk. in Not. ad Laut. h. Laut pag.* 404. *ibique Dd. Alii* enim putant *Leg. un.* loqui de duplici forte, *Legem* 11. vero de una forte & ufuris;

 Alii

Alii ajunt, in *d. L.* 11. pignus ſub taxativa particula *duntaxat* eſſe contractum; *Alii* ſtatuunt, *Legem unicam derogare Legi* 11. Conf. *Dn. Berger. Reſol. h. q.* 3.

LIB. XX. TIT. II.

IN QUIBUS CAUSIS PIGNUS VEL HYPOTHECA TACITE CONTRAHITUR.

Qv. I. *An pignus tacitum ſeu legale recte dividatur in purum & mixtum?*

Laut. pag. 405. verb. *eſt vel purum &c.*

NEGATUR; factumque hominis non efficere pignus, ſed ſaltem eſſe conditionem, ſine qua Lex non conſtituit, demonſtravi *tit. praeced. q.* 4.

Qv. II. *An tacitum pignus, quod pupillis in bonis tutorum competit, etiam haeredibus eorum detur?*

Laut. pag. 405. verb. *non etiam haeredibus.*

NEGATUR, (1) per *L.* 42. *ff. de Adm. tut.* ubi & ratio additur, quod hoc privilegium *non detur ratione cauſae, ſed perſonae, quae praecipuum meruit favorem.* (2) Et cum dotis privilegium non tranſeat ad hæredes mulieris, nedum privilegium pupilli, quod eo magis perſonæ datur, quo majorem favorem pupillus præ uxore meretur. (3) Accedit *L.* 19. §. 1. *de Reb. aut. jud.* ibi: *Sed ejus ſucceſſores non habent.* Denique & (4) ſi eſſet beneficium reale, daretur etiam fidejuſſoribus, quod nemini hactenus in mentem venit.

OBJ. (1) *L.* 20. *C. de Adm. tut.* ubi tutoris *bona* pro officio adminiſtrationis ſunt obligata, ergo hoc privilegium bonis cohæret, & ſic licet pupillus moriatur, tamen bona, hoc onere affecta, oppignorata manent. Quo etiam pertinet *L. un. C. de Rei ux. act.* ibi: *quemadmodum in adminiſtratione rerum pupillarium* &c.

RESP. Quæ conſequentia? bona tutoris pupillo ſunt obligata, ergo privilegium pupilli eſt reale, & datur cauſæ: Nam hic ipſe favor, quod bona tutoris ſint obligata, eſt perſonaliſſimus, & cum perſona hoc jus in re interit, eodem modo, uti uſusfructus, qui bonis inhæret, cum perſona ex-

ſtin-

ſtinguitur. Ita privilegium dotis ratione bonorum competit, nec tamen eſt reale, ſed perſonale.

Obj. (2) Quod pignus ſit jus in re, & afficiat ipſa bona: Sed

Resp. ut ad Obj. (1) afficit ſcil. rem ipſam in favorem pupilli, quo ceſſante, uti ceſſat in hæredibus, non amplius afficit rem, ſed pignus exſtinguitur. Licet ergo pignus in rebus ſit, ut ſubjecto, uti & dos, tamen non ratione rerum, ſed perſonæ datum eſt.

Obj. (3) Quod privilegia minorum etiam tranſeant ad hæredes exemplo reſtitutionis in integrum &c. *L.* 18. §. *f. L.* 19. *ff. de Min.*

Resp. Verum de illis, quæ cauſæ dantur, uti reſtitutio in integrum. *Vid. ſup. L.* 4. *tit.* 4. *q.* 8. & *L.* 1. *tit.* 4. *q.* 3. Non vero quæ perſonæ dantur, ut pignus tacitum. *d. l.* 42.

Obj. (4) *L.* 33. §. 2. *ff. de Adm. tut.* ubi eadem electio, quæ pupillo competit, etiam conceditur ejus hæredi.

Resp. Hæc electio non eſt privilegium perſonæ, ſed cauſæ conceſſum.

Instat (5) *Dn. Berger. reſol. h. t. q.* 1. noſtram *Legem* 42. & 19. loqui de privilegio, adeoque de jure, quod perſonæ cohæret, hypothecam vero ad hæredes tranſire, quia bona tutoris manent tacita hypotheca affecta.

Resp. (1) *Dd. LL.* agunt de præferentiæ privilegio, ſcil. quo pupillus, non ejus hæres, præfertur aliis creditoribus; quæ præferentia oritur ex tacito pignore, adeoque vi tacitæ hypothecæ. (2) Jam ante dictum eſt, ex eo, quod tacitum hoc pignus ex perſonaliſſimo pupilli favore afficiat tutoris bona, non inferri, idem pignus etiam aliis competere, in quibus favor ille ceſſat, ut in hærede.

Atque noſtram ſententiam defendit *Laut. pag.* 405. *ibique Dd. Coler. Dec.* 274. Diſſentit *Dn. Berger. in Reſol. h. q.* 1. *Stryk. in Not. h. t. Struv.* §. 15. *h. ibique Evol.*

Qv. III. *An, ſi bonis curator datus eſt, abſenti in hujus bonis tacitum pignus detur?*

Negatur; (1) Quia hoc privilegium taciti pignoris non datur ratione cauſæ, ſed perſonæ, *l.* 42. *ff. de Adm. tut.* quæ ob imbecillitatem ingenii vel ætatis &c. res ſuas adminiſtrare nequit: ſecus ergo, ſi curator non perſonæ, ſed bonis datur, uti (2) hæc quoque differentia expreſſe ita ſtatuitur in *L.* 22. §. 1. *de Reb. aut. Jud. poſſid.* ibi: *Sed ſi bonis curator da-* *Laut. pag.* 405. *verb. Neque in bonis curatoris &c.*

 tus

tus ſit, vel abſentis, vel ab hoſtibus capti &c. non oportebit privilegium dari; non enim in eadem cauſa eſt.

OBJ. Quod tales curatores comparentur tutoribus in *L.* 33. *in fin. de Furt.* ibi: *Quod in tutore ſcriptum eſt, idem eſt in curatore adoleſcentis, ceterisque curatoribus.* At pupilli habent tacitum pignus in bonis tutorum.

RESP. (1) Non agitur ibi de privilegio pupilli, perſonæ conceſſo ſed de effectu furti, quod committi dicitur tam a tutore, contrectante rem pupilli, quam a curatore, auferente rem abſentis: Adeoque (2) non quidem comparantur ratione prælationis, *d. l.* 22. ſed tamen rite comparatio inſtituitur ratione obligationis, quæ ex adminiſtratione oritur. Nam uterque eadem integritate bona ſibi commiſſa adminiſtrare, & iisdem actionibus malitia utriusque coërceri, indeque actio furti tam contra curatorem, quam contra tutorem contrectantem rem pupilli vel abſentis dari debet.

Conf. *Laut. pag.* 405. *ibique Berl.* & addatur *Dn. Berger. Reſol. h. q.* 2. *ibique Carpz. Dec.* 135.

QV. IV. *An tacitum pignus detur pupillis in rebus, eorum pecunia emtis?*

Laut. pag. 405. verb. (2) *pupillis.*

AFFIRM. ſi tertius emat, *L.* 7. *pr. Qui pot.* etſi is quoque pupillus ſit. *L.* 3. *de Reb. eorum.* At ſi ipſe tutor ſibi emit, tunc pupillus acquirit in re illa dominium utile, & ſic nec opus eſt pignore. Atque de hoc caſu loquitur textus *obſtans* in *L.* 2. *Quand. ex fact. tut.*

Hoc ita de pupillis verum eſt, at aliud obtinet in rebus, pecunia majoris emtis. In his enim major non habet tacitum pignus, niſi id ſpecialiter ſit conventum, *L.* 17. *C. de pign. L.* 7. *C. Qui pot. in pign.*

Conf. *Laut. pag.* 405. *ibique Dd. & Dn. Berger. in. Reſol. h.*

QV. V. *An etiam civitates & corpora in bonis debitorum propter onus publicum tacitum pignus habeant?*

Laut. pag. 406. verb. *in bonis debitorum propter onus &c*

AFFIRM. Quia civitates minorum jure utuntur, *L.* 4. *Quib. ex cauſ. maj. L.* 3. *C. de Jur. reip. Sand. lib.* 3. *tit.* 12. *def.* 1.

OBJ. *L.* 2. *C. de Jur. reipubl. L.* 37. *de Reb. aut. jud. poſſid.* ubi dicitur, quod civitati non competat, niſi conceſſum ei ſit.

RESP.

Resp. Eſt conceſſum, quia minorum jure utuntur: quin & jure fiſci id eis eſt conceſſum; quod omnes fere civitates habent.

Neque id ſaltem verum eſt de oneribus ordinariis, quæ ipſo jure impoſita ſunt, ſed etiam de extraordinariis; quia textus generaliter loquuntur, cum ea tamen differentia, quod pignus in his non incipiat, niſi ex quo indicta ſunt. In genere enim pignora tacita incipiunt ab initio obligationis ſeu ejus negotii, unde obligatio principalis naſcitur, *L.* 6. §. *f. C. de Bon. quae lib.* Cum pignus non ſit, ubi debitum non eſt.

Qv. VI. *An Fiſco etiam propter poenam in bonis debitorum tacitum pignus competat?*

Negatur: In his enim ceſſat favor, *l.* 17. *l.* 73. *ff. de Jur. fiſci.* Obj. Quod fiſcus ſemper pignus habeat, *l.* 46. §. 3. *ff. de Jur. fiſci.* *Laut. pag.* 406. verb. *non etiam ob del.*

Resp. Exceptio eſt in pœnis, adeo, ut fiſcus ne quidem concurrat cum chirographariis. *tot. tit. C. Poenis fiſcal. creditores praeferri. d. l.* 17. & *d. l.* 73.

Qv. VII. *An ſponſae quoque tacitum pignus competat in bonis ſponſi?*

Affirmatur; etiam ſponſæ de futuro, nedum de præſenti; quia in *L.* 74. *ff. de Jur. dot.* & *L.* 17. §. 6. *de Reb. aut. jud. poſſ.* expreſſe privilegium ſponſæ tribuitur, quæ vero jure Civili non fuit, niſi de futuro. (2) Ratio privilegiorum dotalium eſt, ne fœmina fit indotata, eadem vero ratio obtinet in ſponſa. Quod (3) eo magis verum eſt in ſponſa de præſenti, quæ ab uxore non differt. *L.* 30. *ff. de Reg. Jur.* *Laut. pag.* 401. verb. *non etiam ſponſae &c.*

Obj. (1) Quod tantum perſonalia privilegia ſponſæ tribuantur, *d. l.* 74. ibi: *privilegium, quod inter perſonales actiones vertitur*, & *d. l.* 17. ubi de privilegio prælationis in concurſu creditorum agitur.

Resp. Tunc temporis aliud privilegium dotis non fuit, ſed Juſtinianus demum hoc ipſum privilegium perſonale vertit in reale in *L. fin. C. Qui pot. in Pign.* Cum ergo Imperator nihil aliud mutaverit, quam ut privilegium vetus ſit reale, ſequitur, hoc privilegium, quod hodie reale eſt, competere omnibus illis, quibus olim perſonale datum fuit: Nam (1) quoad perſonas nihil mutavit Juſtinianus, ſed ſaltem quoad qualitatem, fecit enim, ut privilegium reale eſſet; non ut non iiſdem caſibus competeret.

(2) Ali-

(2) Alias deficeret sponsæ omne privilegium, etiam personale, quia hoc sustulit Imperator, voluitque, esse reale. (3) Atque ita ipse Imperator infert in *d. l. fin.* §. 1. ibi: *Cum enim in personalibus actionibus &c. tali privilegio utebatur res uxoria, quapropter non in hypotheca hoc mulieri etiam nunc indulgemus beneficium.*

Obj. (2) Quod neque dos, neque dotis privilegia sint, ubi nuptiæ non sunt. *L.* 3. *L.* 68. *L.* 74. *ff. de Jur. dot.*

Resp. (1) Verum hoc est quoad jura mariti; At pignus hoc non tantum pro dote vera datur, sed & pro eo, quod dotis nomine futuro marito datur. Ex eo enim incipit obligatio ad restituendum.

Resp. (2) Certum est, privilegium dotis personale sponsæ datum fuisse, etsi nondum essent nuptiæ: quidni ergo beneficium reale? Scil. jus hoc non doti, vel nuptiis, sed actioni dotis concessum, quod competit, quoties conjugii causa aliquid datum est, & hinc incipit ab ipsa datione in dotem, inde enim oritur actio ad repetendum.

Obj. (3) Quod ratio *d. l. fin.* in sponsa cesset, ibi enim uxori datur privilegium, quia corpore & substantia & omni vita sua maritus fungitur, quæ omnia secus sunt in sponsa.

Resp. Imo hæc non est ratio sola vel adæquata, sed (1) ratio generalis est favor publicus; nam publice interest, mulieres dotes salvas habere, propter quas nubere possunt, *l.* 2. *ff. de Jur. dot. add. l.* 18. *in fin. de Reb. aut. jud. possid.* quæ ratio æque ad sponsas pertinet. (2) Alia quoque ratio in *d. l. fin.* allegatur, fragilitas scil. muliebris, quæ ratio itidem sponsæ communis est. Sed & (3) loquitur Imperator de uxore, tum quia de illa quæstio proposita fuit, tum quia id plerumque fit: Non vero excludit sponsas.

Obj. (4) Quod privilegia sint stricti juris.

Resp. Verum hoc est, & proinde extendi non debent: nisi eadem sit ratio.

Atque hanc sententiam tuentur *Beuth. & Mevius apud Laut. pag.* 406. *Dn. Berger. h. qu.* 4. *Gail. & Carpz. apud Laut. p.* 586.

Qu.

Qv. VIII. *An etiam ex tote promissa a socero, genero detur tacita hypotheca in bonis soceri?*

AFFIRMATUR: per textum expressum in *L. un. §. 1. C. rei ux. act.* ubi tacita hypotheca ex utroque latere datur, sive ipsæ principales personæ dotem dederint vel promiserint, sive aliæ pro his personæ. Atque id pluribus rationibus probat *Carpz. in Dec.* 57. *n.* 8. *&* 9. *Brunn. ad d. l. un. §.* 2 *Laut. pag.* 406. verb. *a die promissionis.*

At hæc tacita hypotheca non præfertur anterioribus expressis (uti in dote illata,) sed tantum posterioribus, quia dispositio juris hic cessat. *Carpz. d. l. n.* 6. 7. 8. *&* 22. *Muller. part.* 2. *Resol.* 77. *n.* 7.

Cessat autem (1) tacita hæc hypotheca, si dos in fraudem creditorum constituta sit. *tot. tit. ff. quæ in fraud. Cred.* (2) In feudis, nam hypotheca est species alienationis, alienare autem vasallus absque consensu domini nequit: *Muller. d. resol.* 77. *n.* 9. *seq.* Secus igitur in fructibus & commodis feudi, item in inventario, &c. quæ ad allodium pertinent. *Mull. d. l. n.* 11. *seq.* Secus quoque si dos ut debitum feudale petatur, tunc enim tacita hypotheca, una cum jure retentionis filiabus earumque maritis competit in feudo, etsi dos non sit promissa. *Mull. d. l. n.* 12. 14. 20. *seq.* Quicquid dissentiat *Carpz. p.* 2. *c.* 46. *def.* 17. qui ait filiam dotem ex feudo non accipere in concursu creditorum.

Atque hinc in concursu creditorum gener præfertur omnibus soceri creditoribus hypothecariis, si posteriores sint. *Mull. d. l. n.* 6. *&* 7. Filiæ in feudis jure separationis præferuntur fratrum creditoribus, adeo, ut nec liquidare debeant dotem in concursu creditorem fratrum. *Mull. d. l. n.* 28. *&* 29.

Qv. IX. *An uxori tacita hypotheca competat in bonis mariti etiam ob donationem propter Nuptias?*

NEGATUR: (1) per *L. fin. §. p. C. Qui pot. in pign.* ubi privilegia dotis, scil. tacitum pignus &c. non pertinent ad donationem propter nuptias, additurque (2) ratio differentiæ, quia in dote damnum paterentur fœminæ, reque sua defraudarentur, hic vero merum lucrum captarent, quod improbat Justinianus in *d. L. fin. fin.* ibi: *Non enim pro lucro fovemus mulieri.* (3) Tota ratio privilegii dotalis hic cessat, nam ideo securitati dotis prospicitur, ne mulieres sint indotatæ, quales non sunt, *Laut pag.* 406. verb. (3) *pro donatione &c.*

etsi ratione donationis propter nuptias non competat tacita hypotheca. Accedit (4) quod privilegia sint stricti juris, nec tacita pignora ultra legem sint extendenda.

Obj. (1) *d. L. fin.* ibi: *& habere inter creditores sui temporis ordinem;* at nullus est temporis ordo, nisi in pignoribus, *L. 6. C. de Bon. aut. jud. poss.*

Resp. Non dicitur in *d. L. fin.* §. 1. quod prærogativam donatio propter nuptias inter chirographarios habeat; hoc enim expresse negatur, & in eo distinguitur a dote in *d. L. fin.* §. 2. Sensus ergo illorum verborum hic esse videtur, quod donatio propter nuptias inter creditores sui temporis, i. e. qui suo tempore & loco veniunt, adeoque inter chirographarios ordinem sive locum habeat, citra ullam prærogativam vel pignus: Non ergo ibi dicitur, quod ordinem temporis habeat, sed quod ordinem, i. e. locum, habeat inter creditores, suo tempore venientes. Sane verba illa ita interpretanda sunt, ut rationi juris conveniant; diximus autem ex ratione juris chirographarium debitum, adeoque & illud, quod ex donatione propter nuptias oritur, ordinem temporis non habere. *d. l. 6.*

Obj. (2) *L. 29. C. de Jure dot.* ibi: *resque sibi suppositas pro dote & ante nuptias donatione &c.*

Resp. Loquitur textus de rebus pro dote suppositis, adeoque de expressa hypotheca.

Obj. (3) *Nov. 97. c. 6. §. 1. pr.* ibi: *Cum etiam antenuptialis donationis res vindicare etiam constante matrimonio dederminus ei &c.*

Resp. Vindicatio hæc non oritur ex jure aliquo pignoris, sed Dominii, quod in uxorem per hanc donationem transfertur: Nam ideo in rem actio uxori competit *Auth. Promissa. C. de Bon. ant. nupt.*

Atque hanc sententiam defendit *Bachov. de Pign.* 1. *c.* 10. *n.* 3. Dissentit *Laut. p.* 406. *Struv. h. th.* 14. ibique *Evol.* ubi de praxi.

Qv. X. *An uxor ratione paraphernalium tacitum habeat pignus?*

Laut. pag. 406. verb. (4) in paraphernalibus &c.

Affirm. per *L. fin. de Pact. conv.*

Obj. Quod ibi agatur de casu singulari, si nomina paraphernalia maritus exegerit.

Resp. Cum tantum quæsitum fuerit de eo casu, non potuit Imperator de omnibus paraphernalibus disponere, sufficit autem, quod nulla sit ratio differ-

differentiæ in reliquis; Accedit, quod generalis ibi ſit. Ratio, *ne ex mariti malignitate vel deſidia aliqua mulieri accidat jactura*, *Struv. h. th.* 14. qui metus in omnibus paraphernalibus obtinet, cum maritus eorum ſit legitimus adminiſtrator, *l.* 8. *L. fin. C. de Pact. conn.*

QV. XI. *An uxor ratione bonorum receptitiorum tacitam hypothecam habeat in bonis mariti?*

NEGATUR: (1) Quia privilegium ſaltem conſtitutum eſt in dote, & extenſum demum per *L. fin. C. de Pact. conv.* ad paraphernalia, at & privilegia & eorum extenſiones ſunt ſtricti juris. (2) Ratio, quæ in dote & paraphernalibus fuit, hic ceſſat; illius enim maritus erat dominus, & paraphernalium legitimus adminiſtrator: Ibi ergo metuebant Leges, ne ex mariti negligentia vel malignitate mulieri accidat jactura, adeoque in illis bonis ſecura reddi debebat conceſſa mulieri hypotheca, quæ ſecuritas in receptitiis neceſſaria non erat, quia illa relicta ſunt diſpoſitioni uxoris. Idque ita (3) tradunt *Laut. p.* 406. *ibique Dd. Sand. L.* 3. *tit.* 12. *def.* 3. Diſſentit *Struv.* §. 14. *h.*

Laut. Pag. 406. verb. *Non etiam in receptitiis.*

QV. XII. *An uxor pro alimentis, a marito præſtandis, tacitam habeat hypothecam in bonis mariti?*

NEGATUR: Quia nullibi in jure hujus privilegii mentio fit, privilegia autem non fingi, ſed probari debent: Accedit, quod tacita pignora ultra caſus, lege expreſſos, non ſint extendenda, *L.* 6. *in fin. C. de Bon. quæ lib.* ibi: *Certis caſibus.* At mulier mittitur in bona moroſi debitoris, & tum demum conſtituitur pignus prætorium. Diſſentit *Lauterb. p.* 406. *ibique Dd.*

Laut. pag. 406. verb. (5) *pro alimentis.*

QV. XIII. *An tacitum pignus ſaltem pro credito in refectionem ædium detur, an etiam pro credito in refectionem rerum aliarum?*

RESP.

Dari etiam pro credito in refectionem rerum aliarum, (1) per textum expreſſum in *L.* 5. *&* 6. *pr. ff. Qui pot.* ubi & ratio additur, quod creditum ſalvum fecerit totius pignoris cauſam. Atque hinc (2) talis creditor privilegium habere dicitur poſt fiſcum in *L.* 34. *de Reb. aut. jud.*

Laut. pag. 406. verb. *Non etiam ſufficit.*

 Unde

Unde (3) dubitatum olim fuit, an is, cujus pecunia reparata fuit navis, præferatur doti, & Justinianus demum decidit, hanc præferri debere, *Nov.* 97. *c.* 3. certissimo indicio, creditum in refectionen v. g. navis pro nudo chirographario debito habitum non fuisse. Denique & (4) in *Nov.* 97. *c.* 3. quæstio est de *privilegiis a Legibus datis*, quorum vigore *juniores hypothecæ præferuntur antiquioribus*, eoque refert promiscue casus, quibus creditur in *navem reparandam, aut domum ædificandam, vel renovandam;* certissimo indicio, his casibus ex privilegio Legis hypothecam dari credituris, eamque præferri anterioribus, solamque dotem excipi.

Obj. (1) *L.* 1. *pr. h.* ubi tacitum pignus saltem in credito ad reparationem ædium constituitur.

Resp. Immo eadem ratio est in reparatione aliarum rerum, per *text. expr. in L.* 5. *&* 6. *ff. Qui pot.*

Obj. (2) Quod ratio in ædibus singularis sit, ibi enim reipublicæ interest, ne urbs ruinis deformetur.

Resp. Immo nullibi hæc ratio extat, sed vera ratio allegatur in *d. L.* 6. quod pignus demum per hoc creditum salvum sit.

Varias circa hanc rem sententias vide apud *Lauterb. pag.* 426. *Struv. h. th.* 14. *ibique Evol. Sand. L.* 3. *tit.* 2. *def.* 5.

Qv. XIV. *An tacitum pignus saltem competat in invectis & illatis in prædium urbanum?*

Laut. pag. 406. verb. *hujusmodi pignus &c. & pag.* 407. verb. *Neque propter.*

Affirmatur. *L.* 4. *L.* 2. *ff. h. L.* 6. *ff. eod.* Secus in invectis & illatis in prædium rusticum, *d. l.* 4. *L.* 5. *C. Locat. L.* 11. §. 2. *ff. Qui pot.* Ratio differentiæ est, quod in *rusticis* prædiis satis cautum sit locatori per fructus, qui e fundo nascuntur, ac in horreis asservantur, per *l.* 7. *pr. h.* quæ ratio cessat in *urbanis*, ubi nulli tales sunt fructus, nullaque instrumenta, hinc Lex succurrit locatori, eumque securum reddit, tacitam constituendo hypothecam.

Obj. (1) *L.* 24. §. 1. *de Relig.* ubi dicitur, mortuum funerari debere ex illatis tam in prædium rusticum, quam urbanum; indeque præferendos esse hos sumtus omnibus pignoribus, & aliis debitis: Ergo etiam illata in prædium *rusticum* habent tacitum pignus.

Resp. Non sequitur, sumtus funerationum desumendos esse etiam ex illatis in prædium rusticum, ergo sunt tacite pignori, nam id non fit vi taciti pignoris, sed ex jure humanitatis, quia defunctus sepeliri necessario debet,

debet, cum vero præter illa illata nihil habeat locator, unde ſepeliri poſſit, ex illis quoque, poſthabitis omnibus pignoribus, erit ſepeliendus, *d. L.* 14. Adeoque præferentia hæc oritur non ex tacito quodam pignore, ſed & jure humanitatis.

Obj. (2) *L.* 4. §. 1. *h.* ubi ſtabula dicuntur eſſe prædia ruſtica & tamen invicta in ſtabula ſunt tacite pignori, *d. l.* 4.

Resp. In materia taciti pignoris, de quo in *d. l.* 4. agitur, ſtabula magis ſunt prædium urbanum, *d. l.* 4. at in materia ſervitutum magis ſunt ruſticum. Vid. *l.* 8. *tit.* 1. *q.* 1. *& l.* 8. *tit.* 2. *q.* 1.

Obj. (3.) *L.* 7. §. 1. *h.* ubi in genere dicitur, omnia in locum (adeoque ſive ruſticum, ſive urbanum), illata, ut ibi ſint, tacite eſſe pignori.

Resp. (1) Conjungi *Lex* 7. debet cum *Lege* 6. ubi dicebatur, invecta in prædium urbanum eſſe tacite pignori, hic jam pergit, non de omnibus invectis id verum eſſe, ſed de illis tantum, quæ invehuntur, ut ibi ſint. Vid. *Struv. Evol. ad h. t.* §. 16.

Resp. (2) Non ibi quæritur, quænam illata ſint pignori, ſed quænam pro illatis habenda ſint.

Obj. (4) *L.* 5. *C. Loc.* ubi etiam illata a colono ſunt tacite pignori, modo voluntate dominorum inducta ſint.

Resp. Si dominus voluit rem inferri in prædium urbanum, nulla alia ratio dari poteſt, quam quod ſecuritatis cauſa id voluerit, indeque per pactum pignus ibi contrahitur.

Obj. (5) §. 7. *Inſt. de Act.* ubi actio Serviana datur de rebus coloni.

Resp. Non de omnibus, ſed de illis tantum, *quæ pignoris jure tenentur*, vel Lege, vel pacto expreſſo. Non ergo ibi quæritur, quæ res pignori ſint, ſed ſi ſint, quænam actio inde detur?

Obj. (6) *L. fin. C. h.* ubi invecta a conductore dicuntur tacite pro penſionibus obligari.

Resp. Intelligi hoc debet juxta analogiam juris de conductoribus prædiorum urbanorum, *L.* 6. *L.* 7. *h. t.* quod vel ex voce *conductorum* apparet; quæ plerumque in ædificiorum locatione uſurpari ſolet.

Atque pro hac ſententia militant *Lauterb. pag.* 407. *pr. Struv. h. th.* 16. *ibique Evol.* In foro nihil intereſſe inter invecta, & etiam ea, quæ inferuntur in prædium ruſticum, hodie pignori eſſe, tradit *Mev. p.* 4. *dec.* 127.

Qv. XV. *An locator tacitum pignus in rebus invectis habeat, si is, qui res intulit, minor sit?*

Laut. pag. 406. verb. *Minoris, si ex &c.*

RESP. Si ex conductione *læsus* sit, eaque rescindatur, certum est, nec pignus valere, ubi debitum non est. Si vero *non est læsus*, & locatio valida, etiam pignus valet. Nec caussa restitutionis justa subest, utpote cum factum illationis non inferat lubricum ætatis, nec lædatur, qui securum reddit id quod debet ex contractu locationis. Conf. *Laut. pag.* 406. *in fine.* Ex qua ratione minorem absque curatore quoque stipulari posse, dicitur in *l.* 101. *de V. O.*

OBJ. (1) Quod pignus legale nitatur voluntate præsumta, minor vero sua voluntate pignus constituere absque curatore non potest.

RESP. (1) Falsum est, quod hoc pignus voluntatem supponat, sed perinde valet hoc pignus potestate Legis, acsi accessisset voluntas. Vid. *supr. Tit. de Pign. q.* 4. *f.* Cum ergo non minor, sed ipsa Lex pignus, ex facto illationis, constituat, valet hæc dispositio Legis & interpretatio illa voluntatis æque in minore, ac in majore, inprimis cum, minorem læsum non esse, supponamus.

Qv. XVI. *An suppellex liberaria studiosorum illata tacite sit pignori?*

Laut. pag. 406. *id fin.* verb. *Studiosi &c.*

AFFIRM. (1) Quia omnia invecta & illata in prædium urbanum sunt pignori, nec ullibi libri excepti apparent; (2) privilegia studiosorum fingi non debent in fraudem tertii, cui nulla amplius securitas superesset. Atque (3) ita tradunt *Laut. h. p.* 406. *in fin. & Struv. h. th.* 16. *Phil. L.* 4. *Ecl.* 46. *n.* 10.

OBJ. (1) Quod instrumenta ad colendum fundum necessaria pignorari nequeant; *L.* 7. *L.* 8. *C. Quæ res pign.* Ergo nec libri, qui sunt Instrumenta necessaria ad colendum ingenium.

RESP. (1) Instrumenta hæc nec tacite, nec expresse pignorari possunt propter utilitatem publicam, ne agri inculti relinquantur, quæ ratio cessat in libris; hos enim pacto pignorari posse, constat; & utilitas illa publica hic non obtinet.

RESP. (2) Instrumenta illa rustica ideo non sunt tacite pignori, quia non sunt invecta in prædium urbanum, sed rusticum, quod itidem secus est in libris.

OBJ.

Obj. (2) Quod milites arma fua oppignorare non poffint, *l.* 14. §. 1. *de Re milit.* at libri funt arma ftudioforum.

Resp. Ratio differentiæ eft, quod nec expreffe arma pignorari poffint, tum ne defenfio reipublicæ impediatur, tum quia arma regulariter non funt militis, fed legionis: Utrumque ceffat in libris.

Obj. (3) Quod fub generali hypotheca non contineantur illæ res, quas non eft verofimile quemquam obligaturum. *L.* 6. *L.* 7. *L.* 8. *ff. de Pignor.*

Resp. (1) Ceffat hæc præfumtio in ftudiofo, qui extra fupellectilem librariam nihil fere habet. (2) Neque hoc pignus oritur ex voluntate, fed Lege, quæ in genere omnes res illatas afficit.

Qv. XVII. *An domino tacitum pignus etiam in rebus, a fecundo conductore illatis, competat?*

Negatur de illatis in prædium *rufticum*; tum, quia invecta in hujusmodi prædia nunquam funt pignori, cum fructus ibi fufficiant; tum, quia id expreffe ita traditur in *L.* 23. *§. Locat.* Conf. *L.* 53. *ff. de act. emt.* *Laut. pag. 407. verb. Non etiam.*

At aliud eft in illatis in prædium *urbanum*; hæc enim uti primo *conductori* funt pignori, ita & hujus locatori five domino ædium. Nam (1) diferte hoc traditur in *L.* 5. *ff. de His, qui pot.* ubi invecta & illata ejus, qui gratuitam a conductore accepit habitationem, domino feu locatori non funt tacite pignori, ergo a contrario funt ei pignori, fi non gratuito, fed pro penfione accepit habitationem, & hæc exceptio videtur firmare regulam in cafibus non exceptis. Accedit (2) quod fructus, a fecundo conductore percepti in fundo ruftico, domino fint obligati, *d. L.* 24. cur non & invecta in prædium urbanum? Utrobique enim pignus eft ex Lege; cur autem Lex magis profpiceret domino fundi, ejusque fecuritati, quam domino ædium, non video. Atque hoc (3) clare ita deciditur in *L.* 11. §. 5. *verf. plane. ff. de Pign. act.* ibi: *Plane in eam duntaxat fummam invecta & illata mea tenebuntur, in quam cœnaculum conduxi, non enim credibile eft, hoc conveniffe, ut ad univerfam penfionem infulæ frivola mea tenerentur. Videtur autem tacite & cum domino ædium hoc conveniffe, ut non pactio cœnacularii proficiat domino, fed fua propria.* Hic ergo extra omne dubium ponitur, invecta & illata fecundi conductoris domino ædium effe pignori, adeo, ut fi ille domino & primo locatori folvat penfionem, pignus quoque fecundi

cundi creditoris exſtinguatur, *d. L.* 11. *verſ. Unde.* Cum enim pignus hoc pro utraque penſione teneatur, debito ſoluto perimitur pignus. *L.* 13. §. 2. *ff. de pignor.*

Insto, quod tamen in *d. l.* 11. expreſſe dicatur, *pactum* (ſcil. tacitum, quod ex illatione oritur, *cœnacularii non proficere domino, ſed*) *ſuum demum proprium*, quod ſcil. cum primo conductore quaſi iniit: idque videtur rationi juris quoque convenire, quia enim pignus hoc ex tacita pactione oritur, *L.* 11. §. 5. *ff. de Pign. act.* indeque non niſi inter contrahentes obligationem producit, ultro ſequi videtur, pactionem ſecundi conductoris non poſſe proficere domino, cum quo nihil contraxit.

Resp. (1) Dubium in illa *Lege* fuiſſe, an invecta ſecundi conductoris, qui cœnaculum tantum conduxit, pro integra totius inſulæ penſione, quam primus conductor domino promiſit, obligentur; & hoc decidit JCtus, dum ait, invecta illa ſecundi conductoris tantum teneri pro rata, quia non credibile eſt, hoc conveniſſe, (i. e. Lex non præſumit, voluntatem inferentis hanc fuiſſe), ut ad univerſam penſionem frivola ejus tenerentur: & tantum abeſſe, ait, ut pactum ſecundi creditoris domino proficiat ad actionem Servianam ratione totius mercedis, *ut potius tacite cum eo actum videatur, nec ei proficiat pactum cœnacularii* ad totam ſummam petendam; *ſed* reliquum ex *ſua propria* pactione cum primo conſequi eum debere. Adeoque ſenſus hujus rationis non eſt, quaſi tacitum hoc pactum plane non proficiat domino, nam omnino ei proficit pro rata penſionis, quam primo conductori promiſit, uti id antea aſſeruit JCtus; ſed quod ei non proficiat ad integram mercedem totius domus petendam.

Resp. (2) Ratio illa quoque huc applicari nequit. Nam pignus hoc non eſt ex tacita conventione, ſed Lex conſtituit pignus, ac ſi de eo conventum eſſet, illudque conſtituit in omnibus illatis inhabitantium, adeoque & ſecundi conductoris, at tantum pro rata penſionis, & hactenus Lex fingit, etiam inter dominum & ſecundum locatorem conveniſſe, quæ fictio Legis ceſſat in penſione totius inſulæ; hactenus enim pactio cœnacularii non proficit domino, nec hactenus Lex fingit tacitam conventionem. Sed potius fingit, cum domino id actum eſſe, ne pactio tacita ei proficiat ratione totius penſionis, nam de eo ſolo caſu ibi agitur.

LIB. XX. TIT. III.

QUÆ RES PIGNORI VEL HYPOTHECÆ DATÆ OBLIGARI NON POSSUNT.

Qv. I. *An pignus valeat in re aliena?*

Resp.

Contractus pignoratitius valet in re aliena, quia omnis contractus in re aliena ſubſiſtit; *L.* 6. *h. Vid. ſupr. L.* 13. *tit.* 6. *q.* 1. at jus in re non transfertur, quia nemo jus in re, quod ipſe non habet, in alium transferre poteſt, *L.* 5. *L.* 6. *L.* 7. *C. Si alien. res &c.* Si tamen bona fide creditori traditum eſt tale pignus; publiciana ei datur, *l.* 18. *h. t.* Et ſi dominus rei ei ſolvit pecuniam, hanc non condicit tanquam indebitam. *L.* 36. *de Cond. ind.* Vid. *dict. tit.* 6. *q.* 1.

Qv. II. *An ſpes præmii pignorari poſſit?*

Negatur, per textum expreſſum in *l.* 5. *C. Quæ res pign.* quia præmia tribuuntur ad animandos athletas, non poteſt autem animare, quod hic ſibi non capiet, ſed ei, cui pignori eſt.

Obj. *L.* 40. *de Re jud.* ubi præmiorum illorum commoda jure pignoris ex cauſa judicati capi poſſunt.

Resp. (1) Privata pactione non poſſunt pignorari, *d. L.* 5. at autoritate judicis capi poſſunt, *d. L.* 40.

Resp. (2) Loquitur textus de præmio quæſito, in quo ratio ceſſat.

Hac occaſione quæri poteſt, an beneficia militum, profeſſorum, ſacerdotum, item ſalaria eorum pignori dari, & executio in ea fieri poſſit?

Affirmat *Goth. ad d. L.* 40. argumento *d. L.* 5. at tantum in ſubſidium, *l.* 4. *C. de Execut. rei jud. Goth. d. l.*

Qv. III. *An ſervitutes pignori dari poſſint?*

Resp. *Alia* quæſtio eſt, an dominus prædii ſervitutem conſtituere poſſit per contractum pignoratitium vel pactum hypothecæ? Quod affirmamus, quia uti teſtamento, ſtipulatione, emtione, ita & pacto hypothecæ, quin & per precarium (non quidem ſtricto jure, propter *L.* 4. *pr. de Servit.* ſed ex æquitate prætoria, mediante exceptione, *d. L.* 4. *& L.* 3. *in fin.*

Laut. pag. 407. verb. *Incorporales &c.*

fin. ff. junct. L. 2. pr. & §. 1. pr. de Precar.) acquiri & conſtitui ſervitus vicino poteſt, idque tam de urbanis, quam de ruſticis extra omne dubium poſitum eſt. *d. L. 3. in fin.*

Alia quæſtio eſt, an is, cui ſervitus eſt conſtituta, eam alii oppignorare poſſit? Quod negamus in *ſervitutibus urbanis;* nam hæ conſiſtunt in vicinia & ſitu, quæ forma ab eo, in cujus utilitatem eſt conſtituta, in alium nec Jure pignoris transferri poteſt, quia utilitas a ſitu ædium ſeparari nequit, indeque nullus effectus foret pignoris, *d. L.* 12. Conf. *ſupr. L.* 8. *t.* 1. *qu.* 1. *p.* 418. *in fin.*

Obj. (1) Ex utilitate contrahentium receptum eſt, ut in prædiis ruſticis ſervitutes pignorari poſſint, *l.* 12. *ff. de Pignor.* cur non eadem utilitas eſt in urbanis?

Resp. Rationem differentiæ ſtatim explicabo.

Obj. (2) Quod precario dari poſſint Servitutes urbanæ, *l.* 3. *in fin. l.* 8. §. 5. *ff. de Precar.* Ergo & pignorari &c.

Resp. Agitur ibi de ſervitute conſtituenda, quod a domino prædii etiam per precarium fieri poteſt: at ſervitus, ſemel vicino conſtituta, alii iterum conſtitui nequit, quia dictum jam eſt, totam utilitatem ſervitutis conſiſtere in ſitu & vicinia, quæ in alium transferri nequit.

Aliud eſt in *ſervitutibus ruſticis*: hæ omnino pignorari poſſunt, quia illæ conſiſtunt in perceptione utilitatis, quæ ſalva ſervitute in alium transferri poteſt, *l.* 12. *ff. de Pignor.*

Obj. (1) Servitus ruſtica non poteſt de prædio in prædium transferri, nec qualitas de ſubjecto in ſubjectum; Ergo nec per pignus in creditorem.

Resp. Ipſa ſervitus non transfertur, ſed utilitas, quæ diſtrahi & alienari ſalva ſervitute poteſt.

Obj. Quod locare nemo ſervitutem ruſticam poſſit, *l.* 44. *Locat.* nedum oppignorare.

Resp. Qui locat ſervitutem, non ad prædii utilitatem eam adhibet, ſine qua tamen ſervitus prædii non eſt; & licet merces ad locantem perveniat, ea tamen non eſt utilitas prædii, ſed hominis, repugnat autem naturæ prædialis ſervitutis, nullam eſſe utilitatem prædii dominantis, *L.* 4. *L.* 5. *L.* 6. *de Serv. præd. ruſt.*

Obj. (2) Quod ſervitutes etiam ruſticæ alii cedi vel commodari non poſſint, uti de aquæ ductu id traditur in *L.* 24. *de Servit. præd. ruſt.* Conf. *L.* 33. §. 1. *eod.*

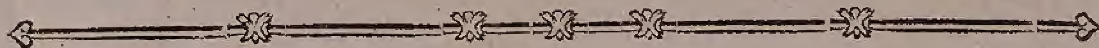
Resp.

Resp. Commodari alii non poſſunt, quia hactenus non ad mei fundi, ſed ad intermedii utilitatem pertinerent, quæ ratio additur in *d. L.* 24. ibi: *ut ne in* (*meam*, hæc vox omitti debet, utpote errore ſcribentis absque ſenſu inſerta), *partem fundi aliam, quam ad quam ſervitus acquiſita ſit uti ea poſſit.* Niſi domino volente id fiat, tunc enim etiam commodare alii aquam poſſum, ſed id ex pacto eſt, non jure ſervitutis, *d. L.* 35. Indeque hoc prædium, per quod duco aquam, & cui ego ductam aquam commodo, neque ſibi ipſi ſervit, neque hic eſt fructui ſervitutis, ſed nudo pacto res perficitur.

Obj. (4) Quod ſervitus ruſtica invito domino ſerviente alii conſtitui non poſſit, ergo nec pignorari.

Resp. Nec ſervitus alii conſtituitur, utpote quæ rei inhæret, at poſſeſſio & facultas percipiendi alii omnino conſtitui poteſt, etiam invito ſerviente, *d. L.* 12. & ex æquitate Prætor pignus hoc tuetur, quia revera ſervientis nihil intereſt, cui ſervitutem debeat: Nam & rem ipſam cum ſervitute vendere poteſt. Et non poteſt emtor vel creditor alio jure uti ſervitute, quam venditor. *L.* 24. *de Serv. præd. ruſt.*

Varias circa hanc quæſtionem materias collegit *Goth. ad d. L.* 11. Conf. *Struv. h. th.* 18.



LIB. XX. TIT. IV.

QUI POTIORES IN PIGNORE VEL HYPOTHECA HABENTUR, ET DE HIS, QUI IN PRIORUM CREDITORUM LOCUM SUCCEDUNT.

Qv. I. *Quivis potior ſit, ſi eodem tempore res pluribus ſimul obligetur?*

Resp. Si pluribus pignus expreſſe in *ſolidum* obligatur, ſinguli in ſolidum agunt, *L.* 10. *de Pignor. L.* 16. §. 18. *h.* Sed præfertur ille, qui prævenit, *d. L.* 10. & hic reliquos repellit exceptione præventionis. Simul agunt; concurſu partes faciunt, *d. L.* 10. quia ſinguli poſſidere in ſolidum non poſſunt: At ſi eadem res eodem tempore pluribus expreſſe ſaltem *pro parte* obligetur, vel duo ſimul paciſcantur, nulla facta mentione partium, tunc quisque tantum pro parte & quantitate debiti agit. *L.* 16 §. 8. *de Pign.* *Laut pag.* 408. *verb. conjunctim &c.*

Pign. Dissentit *Laut. pag.* 408. Nisi id actum, ut quisque in solidum agat, *d. L.* 16. *d. L.* 10. tunc enim idem juris est, quod in priori casu.

Atque ita conciliantur duo textus difficillimi in *d. L.* 16. & *d. L.* 10. Conf. *Struv. Ex.* 26. *th.* 31. & 32. *Laut. pag.* 408. *Carpz. p.* 1. *c.* 5. 28. *d.* 111. *n.* 1.

Qv. II. *An pignore in eadem re pluribus diverso tempore constituto, præferatur is, qui unico momento prior est?*

Laut. pag. 408. verb. *vel etiam unico momento.*

AFFIRMATUR, adeoque hypotheca, quæ momento prior est, posteriori præfertur, (1) *arg. L.* 10. *ff. h.* ibi: *privilegiis tempore forte potiorem*, a tempore etiam potior est, qui momento saltem prior est. (2) Quia priori jus in re jam quæsitum est, quod posterior hypotheca ei auferre non potest.

Obj. (1) *L.* 16. §. 8. *ff. de Pignor.* ubi expresse dicitur, non esse prioritatem, si eodem die obligetur: sed tum rem utrique in solidum obligatam videri. Idem dicitur in *L.* 1. *pr. h.* ibi: *dies contractus* & *L.* 28. *ff. de Leg. Corn. de fals.* ibi: *prælato die &c.* adeoque alter altero potior non videtur, nisi die, nec prior præfertur. Et ita Græci quoque diem, non momenta inspexere, *Harmenop. l.* 3. *tit.* 5. §. 38.

Resp. Loquuntur textus illi de eo, quod plerumque fit, nam plerumque dies saltem adjicitur, non hora, indeque vix est, ut probari possit momenti prioritas: si tamen instrumento quoque hora addita sit, vel de ea exactis publicisque registris constet, dubium non est, quin præferatur.

Atque ita usu quoque servatur. Vid. *Gail.* & *Carpz. apud Laut. p.* 408. *Brun. ad Wes. h. Struv. th.* 17. ubi vide dissentientes.

Qv. III. *An prioritas temporis in Prætorio quoque pignore (i. e. quod per missionem in bona constituitur) inspiciatur?*

Laut. pag. 408. verb. *de Prætorio.*

AFFIRMATUR; (1) quia ex missione ei, qui mittitur, jus quæsitum, & ita res affecta est, ut alii simile jus acquiri non possit; idque (2) ita clare traditur in *L.* 2. *L.* 3. *C. h. L.* 5. §. 4. *Ut in poss. leg.* ut proinde in pignore Prætorio quoque prior tempore potior sit jure, *d. L.* 2.

Exc.

Exc. (1) Si alii jam ante hanc missionem jus in re constitutum habuere, his enim nunquam præjudicat missio. *L. f. pr. C. de Reb. aut. jud. poss.*

Exc. (2) Si eadem & communis mittendi causa sit, uti si existente concursu creditorum unus mitti petat, tunc enim omnibus reliquis eandem causam habentibus, v, g. omnibus chirographariis, missio illa prodest, *L. 12. pr. de Reb. aut. jud. l. f. pr. C. Qui pot.* quia revera non personæ, sed causæ gratia mittitur; atque id intenditur, ut omnium causa salva sit, neque sibi quicquam acquirit missus, sed aliquid ex ordine (jure ordinis creditorum) petit, & ideo cæteris quoque prodest. *d. L.* 12. Videtur itaque creditoribus omnibus missio in bona peti, adeo, ut non tantum æqualiter cum misso concurrant, sed & citra novam missionem cæteri bonorum venditionem peragere possint *d. L. 12. pr.*

Verum autem hoc est, modo cæteri creditores non missi, & quidem si præsentes sint, intra biennium, si absentes, intra quadriennium debitum suum creditori misso denuncient, illudque probent, & expensas pro rata restituant, *d. L. f. C. Qui pot.* Hodie omnes creditores per edictales citari solent, præfixo citationis termino omnes creditores non comparentes per sententiam præcluduntur. Vid. *Brunn. de conc. credit.*

Exc. (3) Si missi agunt de lucro captando, tunc enim postea missi æqualiter veniunt, nec prior missus posteriori præfertur. Idque apparet (1) exemplo missionis, quæ legatorum servandorum causa fit; hæc enim non ideo fit, ut res, in quam missio fit, distrahatur, & legatum ex pretio rei distractæ solvatur, sed ut tædio perpetuæ custodiæ hæres caveat. *L. 5. pr. Ut in poss. leg.* Ibi ergo missus nunquam pro domino esse incipit, *d. L. 5. pr.* nunquam res distrahitur, *d. L. 5. §. 21.* sed & in pœnam contumaciæ fit missio, ut per sententiam ei fructus adjudicentur, usque dum caveat, *d. L. 5. §. 9. 21. & seq.* Hoc commodum ergo & hoc lucrum omnibus legatariis missis commune est, & cum contumacia hæredis, in cujus bona missio fit, omnibus missis noceat, pœna quoque omnibus æqualiter prodesse debet. Neque hactenus, dum de lucro rei alienæ agitur, prior missus præ posteriori jus quæsitum allegare potest, idque dissertis verbis ita traditur in *L. 5. §. 3. Ut in poss. leg.* ibi: *Qui prior missus est legatarius in possessionem, non præfertur ei, qui postea mittitur. Inter legatarios enim nullum ordinem observamus, sed simul omnes æqualiter tuemur.* Eadem ratio (2) obtinet in missis ex causa damni infecti, ejusque primo decreto, (qui enim semel ex secundo decreto missus & dominum consecutus est, omni-

no præfertur, at tum ipſe cautionem deſideranti repromittere, vel ut hic in poſſeſſionem mittatur, pati debet, *L.* 15. §. 15. *in fin.* & §. 18. *de Damn. inf.*) Nam ibi miſſio itidem non fit, ut res diſtrahatur, atque ex pretio ejus cautionem deſideranti ſatisfiat, neque enim hic pro debito ſecuritatem poſtulat, ſed pro damno, quod in futurum metuit, quam ſi præſtare nolit, in contumaciam rei vitioſæ dominium acquiritur miſſo. De hoc lucro jam merito omnes ii, qui miſſi ſunt, & contra quos contumacia committitur, participant, neque hic prior contra poſteriorem jus quæſitum allegare poteſt, adeo, ut ſi unus ex primo decreto miſſis dominus ex ſecundo decreto conſtitutus ſit, & poſteriori cavere nolit, hic in poſſeſſionem ire jubeatur, *L.* 15. §. 15. & §. 18. *ff. de Damn. inf.*

Bene igitur hic notandum, quod in omnibus reliquis miſſionibus ille, qui mittitur, regulariter non certet de lucro captando, ſed de debito ex diſtractæ rei pretio conſequendo, adeoque de damno rei ſuæ vitando: ibi ergo prior tempore potior eſt jure, & hactenus vigilantibus jura ſcripta ſunt.

Atque ita inextricabilis, uti hactenus viſa fuit, antinomia ſolvitur, omniaque circa difficillimam hanc materiam clara ſunt.

Obj. (1) Quod pignus prætorium ſemper ſervandæ rei cauſa conſtituatur, eoque ſemper communis creditorum cauſa ſubeſſe, indeque unius miſſio regulariter omnibus prodeſſe videatur: *Struv. Evol. h. th.* 29.

Resp. Communio cauſæ non in eo conſiſtit, quod unus mittatur rei ſervandæ cauſa, ſed quod mittatur non ſuo nomine, ſed nomine ordinis creditorum, *L.* 5. §. 2. *Ut in poſſ. leg. Vid. ſupr. Exc.* 2. quæ ratio ceſſat in aliis, in ſpecie in legatis, *d. l.* 5. §. 2.

Instat (2) *Struv. d. l.* textus, pro ratione decidendi a nobis allegatos, ſingulares eſſe, & *Legem* 2. agere de creditoribus inæqualibus, ibi: *Unius miſſionem aliis non prodeſſe. Legem* 3. vero agere de republica &c.

Resp. Ad *prius*, rationem decidendi in *d. L.* 2. non deſumi a divinatoria aliqua inæqualitate, ſed a generali regula pignorum, quod prior tempore potior ſit jure, quæ ratio falſa eſſet, ſi creditores inæquale jus haberent.

Resp. Ad *poſterius*, non ibi id ſingulare eſſe, cum in privatis quoque id obtineat, *juxta d. L.* 2.

Atque hanc ſententiam noſtram in genere in foro receptam eſſe, teſtatur ipſe *Struv. d. l. th.* 29. Et *Brunn. de Conc. cred. th.* 55. exceptionem noſtram

noſtram ſecundam uſu obtinere, tradit: quanquam alii diſſentiant. Nam ita *Gudel. l.* 4. *c.* 18. §. *p.* in nullo pignore prætorio prioritatem obtinere, *Grœnwegen* vero *ad l.* 10. *h.* & *Fab. C. L.* 7. *t.* 19. *def.* 21. in omni locum habere, ſtatuunt. Quoad tertiam exceptionem itidem nihil mutatum apparet, indeque inſiſtendum eſt rationi juris civilis.

Not. (1) Cum hodie arreſtum itidem ſit ſpecies pignoris prætorii, eadem quoque jura hic obtinet, *Struv. h. th.* 28. quicquid diſſentiat *Peck. de Jur. ſiſt. c.* 40.

Not. (2) Pignus prætorium non comparari publico, ſtatuit *Brunn. de Conc. Cred. th.* 45. quod vero negat *Laut. pag.* 402.

Not. (3) Ut pignus prætorium conſtituatur, requiritur, miſſio realis, nec ſufficit decretum immiſſionis, niſi executio aliunde impediatur, vel per alium, *L.* 13. *de Reb. aut. jud. Carpz. p.* 1. *c.* 28. *def.* 139. *& ſeq.* (v. g. quia alius detinens litem movet, vel bona deficiunt, vel judex moram facit), nec creditor mittendus in moram conſentiat. *Carpz. d. l. def.* 142 Sufficit tamen, ſi debitor creditorem pro realiter immiſſo declaret, quod ad evitandas expenſas providi debitores facere ſolent.

Qv. IV. *An etiam in generali pignore prioritas temporis obſervetur?*

Affirmatur. Adeoque generale prius præfertur poſteriori ſpeciali. *L.* 6. *C. h. t.* Et creditor eligere poteſt bona, quæ diſtrahi debeant. *L.* 2. *ff. Qui pot.* Verum officium Judicis hanc facultatem ita temperat, ut ſi ex reliquis bonis in genere obligatis ſatisfieri poſſit, ſpeciale alii creditori non auferatur, *L.* 2. *C. de Pign.* Adeoque talis ſpecialis pignoris poſſeſſor præter beneficium ordinis, de quo *ſupr. ad Laut. p.* 404. habet beneficium excuſſionis; ut prius excutiantur cætera bona, quæ debitor habet. Idque verum eſt, licet creditor jus variandi ſibi expreſſe reſervaverit, quia revera dolo ageret creditor, qui cum ex cæteris bonis ſuum conſequi poſſit, rem, alii ſpecialiter hypothecatam, eligeret, eoque huic omnem ſecuritatem ratione ſui debiti auferret. Conf. *Goth. ad d. L.* 2. *C. de Pign. ad d. L.* 2. *ff. Qui pot. Cuj.* 11. *Obſ.* 32. *Laut. pag.* 409.

Laut. pag. 408. verb. *etiam generali &c.*

Not. Si res in ſpecie pignoretur, & præterea bona quoque in genere, tunc creditor prius ſpecialem hypothecam excutere, & ſi debitum ex hac

hac servari non potuisset, ad reliqua demum bona pervenire potest. *L.* 2. *ff. Qui pot. in pign.*

Qv. V. *An Creditor, cui pignus nuda Conventione est obligatum, præferatur posteriori creditori, cui pignus traditum est?*

Laut. pag. 408. verb. *licet per nudam &c.*

AFFIRMATUR, *L.* 12. *pr. & §. fin. h. L.* 11. *pr. eod. L.* 8. *C. eod. L.* 21. *§. fin. h. ibique Goth.*

OBJ. *L.* 15. *C. de Rei Vind.* ubi, re duobus vendita, vel donata, in detinendo dominio potior est, cui prius tradita est.

RESP. Aliud est in dominio, aliud in pignore; illud enim regulariter non nisi traditione transfertur, *L.* 20. *C. de Pact.* Sed pignus sola conventione nititur, *L.* 4. *ff. de Pignor.* & jus in re ibi ex nudo pacto oritur. Vid. *L.* 20. *tit.* 1. *q.* 1. *& inprimis quæst.* 2. Hinc illo casu potior est, in quem dominium prius translatum, i. e. cui res tradita est; hoc casu præfertur is, cui priori jus in re constitutum, i. e. cui prius pignus obligatum est.

Confer. *Goth. ad d. L.* 15. *Struv. Evol. ad h. t. Laut. pag.* 409.

Qv. VI. *An inter mercatores prioritas temporis obtineat?*

Dissent. Laut. pag. 408. verb. *inter mercatores.*

NEGAT Lauterbachius h. t. & possidentem mercatorem præferri mercatori non possidenti, licet hic prior sit, ait. At contrarium verius est, (1) ob regulam generalem, quod tempore prior sit potior jure, *L.* 2. *C. Qui pot.* Quæ regula nullibi in mercatoribus possidentibus mutata apparet. Nam (2) hic priori mercatori jus in re jam quæsitum est, quod postea ei auferri nequit. Neque enim (3) possessio potius jus posteriori tribuit; nam priori etsi non possideat, idem, quin ob prioritatem temporis majus jus in re leges dederunt. (4) Sequeretur inde insigne absurdum: finge enim, *tres* esse creditores, quorum *primus & tertius* sunt mercatores, & hic possessor: posita autoris sententia, *tertius* vinceret *primum*, qui tamen ex ordine temporis vincit *secundum*; & sic tertius vinceret primum, non tamen secundum, & primus vinceret secundum, non vero tertium, cum tamen regula juris velit, ut, si vincentem te vinco, multo magis vincam te ipsum. Neque (5) mihi satisfacit, quod asseri solet, medii illius non interesse, quia jam a primo exclusus esset. Nam

RESP.

Resp. (α) Ita eadem ratione dici poteſt, nec tertii intereſſe, quia jam a *ſecundo* excluſus eſſet.

Resp. (β) Omnino intereſt *ſecundi*, quia hoc modo ab utroque, & *primo*, & *tertio*, vinceretur.

Uſus fori a ratione Juris non diſſentit, neque teſtimonium Scacciæ, ab autore allegatum, aliquid, inprimis contra rationem Juris, probat.

Qu. VII. *An creditor in hypotheca bonorum praeferatur fiſco, cum quo idem debitor poſtea contraxit?*

Affirm. (1) Propter regulam generalem in *L.* 8. *C.* & *L.* 2. *C. Qui pot. in pign.* quod prior tempore potior ſit jure. Neque in fiſco ullibi exceptio apparet. (2) Propter textus expreſſos in *L.* 21. *pr. ff.* & *L.* 4. *C. Qui pot.* ubi fiſcus prioribus hypothecariis poſtponitur. Accedit (3) ratio, quod jus in re pignorata creditori quæſitum ſit, quod fiſcus poſtea ſuperveniens intervetere nequit.

Obj. *L.* 28. *ff. de Jur. fiſc.* ubi fiſcus priori creditori, qui generalem hypothecam habet, præfertur in rebus, poſt contractum, cum fiſco initum, acquiſitis.

Resp. Loquitur textus de caſu, ubi quis prius cum fiſco contraxit, & poſtea bona alii obligat: & ibi dubitatum fuit, an hæc hypotheca potior ſit fiſco, cui hypotheca conſtituta non fuit? & hoc negatur, quia cauſam pignoris jam prævenit, i. e. fiſcus, qui in omnibus contractibus tacitam hypothecam habet, hoc ipſo præveniſſe cauſam poſterioris pignoris, eoque jus potius habere videtur; & phraſin hanc præventionem in tempore contractus denotare, patet ex *L.* 2. *C. de Privil. fiſci.* Neque hoc modo ulla vis Legi infertur. Verba Legis hæc ſunt: *Si, qui mihi obligaverat, quae habet, habiturusque eſſet, cum fiſco contraxerit,* (non ergo ſupponendus eſt caſus, ubi is, qui mihi obligaverat bona, poſtea cum fiſco contraxit, tum quia verba Legis æque in priorem ſenſum (qui rationi juris convenit *d. L.* 4. *d. L.* 21.) intelligi poſſunt, tum quia, poſito hoc verborum ſenſu, ratio JCti inepta & falſa eſſet, quod cauſam pignoris fiſcus prævenerit, ſed potius tunc cauſa pignoris præveniret fiſcum), *ſciendum eſt, in re poſtea acquiſita fiſcum potiorem eſſe debere, Papinianum reſpondiſſe, quod & conſtitutum eſt: praevenit enim cauſam pignoris fiſcus.*

Aliter hanc antinomiam conciliant *Goth. ad d. L.* 21. &. *Struv. Evol. h. t. ad th.* 30.

LIB. XX. TIT. V.

DE

DISTRACTIONE PIGNORIS ET HYPOTHECÆ.

Qv. I. *An, ſi pacto de non alienando pignore non ſtetur, alienatio contra pactum ſit ipſo jure nulla?*

Laut. pag. 409. verb. *Limita, niſi &c.*

RESP. Pactum de non alienando in genere non efficit regulariter alienationem nullam, *L. pen. ff. de Pact. L.* 6. *L.* 7. *de ſerv. export. L.* 35. §. 3. *de Verb. oblig.* ſed is, qui pactum hoc adjecit, agit actione perſonali contra eum, qui contra legem pacti alienavit, ad id, quod intereſt, *d. L.* 135. Vid. late *ſupr. L.* 2. *tit.* 14. *qu.* 38.

Exc. (1) Si dans ob jus, quod in re habet, paciſcatur, uti hic, ubi paciſcitur, ne res alienetur, in qua pignus habet, tunc enim alienatio contra pactum eſt ipſo jure nulla. *L.* 7. §. *f. h. t.* Vid. *dict. q.* 38.

Exc. (2) Si traditioni talis lex addita fuerit, *L.* 48. *ff. de pact.* uti ſi ea lege donetur. *L.* 3. *C. de Cond. ob cauſ.* Rationem vide *ſupr. L.* 2. *tit.* 14. *q.* 38. Conf. *Wiſſenb. ff. h.* §. 25.

Qv. II. *Quaenam ſolennitates in diſtractione pignoris obſervari debeant?*

Laut. pag. 409. verb. (1) *Si pactum &c.*

Inter varia ad coërcendam creditorum avaritiam, & evitandas eorum fraudes, inventa remedia utiliſſimum ſane eſt, quod in diſtrahendis debitorum pignoribus certum modum obſervari Leges voluerint.

Tres autem diſtinguendi ſunt caſus, in quibus ſolennitates variant. *Vel* enim nihil de diſtractione pignoris dictum eſt; *vel* diſtractio pacto conceſſa; *vel* expreſſe ea prohibita eſt. Vid. *Laut. Comp. p.* 409.

PRIMO caſu extra omne dubium poſitum eſt, pignus moroſi debitoris diſtrahi poſſe. Nam tacite hoc actum videtur, ut diſtrahere pignus creditori liceat, *L.* 1. *C. de Pact. pign. L.* 4. *ff. de Pign. Act.* adeo ut illa a de-

debitore nec teſtamento, *L. 2. C. Deb. vend. pign. imp.* nec appellatione interpoſita, *l. 7. §. f. de App. recip.* nec ulla proteſtatione, *d. l. 2. C.* impediri poſſit.

Hoc autem caſu (1) neceſſaria eſt denunciatio, debitori facienda, *L. 4. C. de Diſtr. pign.* ut ſcil. debitor vel reluat pignus, vel illud diſtrahi patiatur. Præterea (2) biennium exſpectari debet, *L. 3. §. 1. C. de Jur. dom. impetr.* Neque

OBSTAT, quod textus agat de dominio, creditori adjudicando, ibi: *hoc ſingulare eſſe in odium creditorum, qui dominium pignoris acquirere cupiunt*, aliud vero eſſe, ſi de pignoris diſtractione agatur, *vid. Donell. apud Laut. d. l. & Treutl. h. §. 8.* Conf. *Struv. Ex. 26. th.* 44. Nam

RESP. Textum in *d. §. 1.* agere de venditione pignoris, ex inſpectione apparet. *Licentia dabitur foeneratori ex denunciatione vel ſententia judiciali poſt biennium, ex quo atteſtatio miſſa, vel ſententia prolata eſt, numerandum, eam NB. vendere.* At ſi venditor non exiſtat, tum demum in §. 2. *d. L. f.* diſponitur, ut dominium creditori adjudicetur, adeoque agitur in *d. L. f.* de toto proceſſu diſtractionis.

At biennium illud, ejusque exſpectandi neceſſitas moribus noſtræ provinciæ exolevit. Quotidie enim videmus, pignora prævia denunciatione, intra terminum Saxonicum, mediante taxatione, creditori adjudicari.

Denunciatione autem facta, & biennio exſpectato, (3) ſolenniter diſtractio fieri debet, *l. 9. C. de Diſtr. pign.* i. e. a judice, & quidem ſub haſta; etſi diſſentiat *Wiſſenb. ff. n.* 24. Non ſolennis diſtractio in *d. l. 9.* intelligitur publica, ceu ex ratione ſubjecta apparet. Add. *L. 29. ff. Fam. erc.* Nam quantæ inde fraudes creditorum, ſi in horum poteſtate eſſet, rem, cui ipſis libuerit, addicere? ſupponi enim poſſet alia perſona, quæ viliſſimo compararet pretio, difficileque & ſumtuoſum foret, enervato debitori verum rei diſtractæ pretium, vel dolum creditoris diſtrahentis, probare, novumque ideo inchoare proceſſum: indeque vix alio remedio, quam taxatione judiciali vel ſubhaſtatione fraudibus creditorum obviari poteſt. *Damhoud. Tr. de Subhaſt. c. 3. n.* 11.

Equidem taxationem judicialem non ſufficere, ſunt, qui putant, quia tam debitor, quam creditor ex viliori taxatione facile laedi poteſt, *Fab. C. L. 8. tit. 16. def. 3. n.* 7. adeo, ut nec eum, qui ita taxato accipit, ſecurum eſſe credant, *Carpz. p. 1. c. 32. def. 35. n. 7. Mev. conſ. 109. n.* 3. At cum Jure Civili ſubhaſtaſtatio nullibi requiratur, ſed aeque ſolenniter diſtractio fiat, praevia taxatione judiciali, parique ratione omnis fraus hoc modo

 exclu-

excludatur, non video, cur is, cui pignus addicitur, illa plene securus non redderetur. Quin subhastatio publica sugillat quodammodo debitoris fidem & famam, adeoque libentius hi ad taxationem provocant. Atque hic modus in *Ordinatione Cancellariae Halberstadiensis p. 2. c. 22.* ita expressus est: **Daß erstlich dieselbe Güther angegriffen, und nach verlauffener Sächsischer Frist dem gemeinen Werth und Markkauf nach, durch die geordnete und geschworne** Taxatores **æstimiret, und ohne vorhergehende** Subhastation **dem** Creditori in solutum **übergeben werden sollen,** (etsi vero hic textus de executione rei judicatæ loquatur, tamen de distractione quoque pignoris ordinationem loqui, patet ex verbis postea sequentibus: **Es wäre dann, daß sehr kostbare** Mobilia, vel sese moventia **pignorirt**).

Atque hoc verum est de mobilibus; nam in immobilibus, (quorum nomine etiam *Ordinatio* nostra intelligit **die sehr kostbare** Mobilia vel sese moventia, *d. c.* 22.) prævia immissione, taxatio & subhastatio adhiberi solet. *O. Canc. p.* 2 *c.* 22. Quanquam in arbitrio debitoris sit, eam omittere, uti omissa illa ad requisitionem debitoris fuit in causa **des Halberstädtischen Ober-Steuer-**Directorii, contra **den Einnehmer Vogtländer.**

Taxatio autem illa pignoris fieri debet solenniter, i. e. impetrare debet creditor a judice competente, ut constituantur periti rerum æstimatores, qui in præsentia partium, ad id citandarum, juramenti vinculo adstringuntur, & tum pignus ab his taxatum creditori addicitur, *Ord. Canc. d. c.* 22. ibi: **durch die geordnete und geschworene** Taxatores &c. Atque hinc propter has solennitates neglectas distractio pignoris nulla declarata fuit in causa **Kaysers** contra **Pegin,** 1709. Mens. Jun.

SECUNDO casu, quando nimirum creditori pacto concessa est alienandi facultas, statim is pignus vendere ac distrahere potest, *L.* 8. *§.* 3. *ff. de Pign. act. L.* 3. *§.* 1. *C. de Jur. dom. impetr.* modo debitor in mora sit, quod fit, si, tempore distractioni adjecto, eo elapso non reluat, *d. l.* 8. *d. l.* 3. vel si, facta denunciatione, debitum non solvat.

Adeoque certum est, distractione pignoris concessa, at tempore non adjecto, necessariam esse denunciationem, quicquid contradicat *Lauterb. p.* 409. *ibique Dd. & Vinn. in §.* 2. *Inst. Quib. alien. non lic. n.* 2. Idque probatur (1) per *L.* 10. *C. de Pign. ibique Brunn.* ubi in genere in omni distractione pignoris statuitur, ut debitores præsentes prius denunciationibus conveniendi sint. Conf. *L.* 4. *C. de Distr. pign.* (2) Plerumque tempus pacto hujusmodi adjici solet, ut in *L.* 8. *§.* 3. *ff. de Pign. act.* Accedit (3) quod alias latissima fraudibus aperiretur fenestra, si creditor, qui inopem debitorem eo for-

te

te adegit, ut tale pactum subscribat, pro lubitu de pignore disponere, & non rogato debitore, nec facta ei denunciatione, levissimo forte pretio illud vendere valeret. Et cum (4) distractio pignoris non nisi ex mora fieri possit, *L.* 7. ibi: *cessante solutione.* *L.* 14. *C. de Distr. Pign.* *L.* 10. *C. de Pign.* non poterit elici, debitorem moram commisisse, cui denunciatio facta non est. Atque ita judicatum Halberstadii in causa Kaysers contra Pegin.

Nec Obstat, pactum hoc modo inutile fore, quia etiam eo non adjecto, prævia denunciatione, pignus distrahi potest. Vid. *L. f.* §. 1. *C. de Jur. dom. imp.*

Resp. Immo utilitas est, quod posteriori casu præter denunciationem biennium sit exspectandum, cum, adjecto pacto, de distrahendo id opus non sit, *Laut. d. l.*

Atque hæc denunciatio multo magis requiritur, quando pactum illud distrahendi a fœmina absque consensu curatoris initum est. Etsi enim fœmina mutuum absque curatore contrahere possit, *Carpz. P.* 2. *c.* 15. *d.* 14. non tamen putarem, eam ex tali pacto, ut pignus pro lubitu creditoris, non facta ei denunciatione, distrahatur, obligari: Cum ergo tale pactum pro non adjecto habeatur, omnes solennitates ad distractionem pignoris requiruntur, de quibus mox agetur. Atque ita pronunciarunt Domini in causa Kaysers, contra Pegin, 1709.

An vero, si pactum de alienando intervenerit, creditor privata autoritate pignus distrahere potest? Equidem si id in specie additum sit, ut ipse, cui velit, vendere possit, dubium non est, quin valeat, per textum expressum in *L.* 3. §. 1. *C. de Jur. dom. imp.* quia debitor favori suo renunciare potest, atque ita decisum refert *Sand. l.* 3. *t.* 12. *dec.* 20. Aliud receptum in Hollandia ait *Neost. dec.* 89. sed male id ex jure legis commissoriæ communi tuetur, ex qua venditio non prohibetur, sed sola addictio, qua in casum moræ pignus pleno jure acquiritur. Dissentit *Ant. Matth. de Auction. p.* 1. *c.* 3. Ast negari nequit, hoc ipso liberas creditoribus concedi manus defraudandi suos debitores, qui necessitate & indigentia coacti quasvis ab avaro creditore præscriptas conditiones subscribent; æquissimum ergo foret, hic quoque vel judicialem taxationem, vel subhastationem adhibere.

Facile autem apparet, textum in *d. l.* 3. §. 1. loqui de pacto, quo facultas privata autoritate, cui velit, addicendi, expresse concessa est. Secus er-

ergo, ubi tantum facultas diſtrahendi conceſſa eſt, ea enim intelligitur ſolenniter, *l.* 9. *C. de Diſtr. pign.* i. e. adhibitis taxatoribus vel praevia ſubhaſtatione.

TERTIO caſu, quando nimirum alienatio pignoris pacto prohibita eſt, eo non obſtante alienari valide poteſt. Certum enim eſt, tale pactum pugnare cum natura pignoris, indeque non valere, *l.* 4. *l.* 5. *ff. de Pign. act.* nam pignus nullum eſt, ſine jure diſtrahendi, & in eo ſolo ſecuritas eſt, quod ex pretio pignoris ſatisfieri creditori poſſit: Sola quippe poſſeſſio non tribuit ſecuritatem recipiendi debiti, hoc enim ex diſtractione demum conſequitur; adeoque in hoc jure diſtrahendi ſubſtantia quaſi ſecuritatis conſiſtit. Accedit, quod huic pacto de non alienando tacite inſit conditio, ſi ſolvat, quod debet, *arg. L.* 54. §. 1. *Locat.* qua deficiente ceſſat quoque prohibitio. Vid. *omnino Müll. ad Struv. Ex.* 26. *th.* 44. *lit.* ζ.

At hoc caſu requiritur (1) trina denunciatio, diverſis vicibus reiterata, *l.* 4. *de Pign. act. Struv. Ex.* 26. *th.* 44. *Lauterb. de Diſtract. pign. pag.* 409. Spatium, quod inter denunciationes intercedere debet, arbitrio Judicis relinquitur. *Müll. d. l.* (2) Biennium exſpectari debet. *Struv. d. l. Trentac. L.* 3. *Reſ.* 1. & *Reſ.* 31. *n.* 7. *Phil. L.* 2. *Ecl.* 41. *n.* 6. *ibique Dd. Carpz. p.* 1. *c.* 32. *def.* 5. & 6. *conſt.* 28. *def.* 13. Neque

OBSTAT, biennium hoc caſu nullibi requiri, ſed ſolam trinam citationem. *d. l.* 4.

RESP. Requiritur ex identitate rationis; nam ille creditor, cui alienatio pignoris pacto non eſt prohibita, debet biennium exſpectare, *l. f.* § 1. *C. de Jur. dom. impetr.* nedum ergo ille, cui prohibita eſt; alias enim plus poſſet ille, cui interdictum eſt, ne alienet, quam ille, cui nihil interdictum eſt, quod abſurdum foret. Sed & porro in *d. l. fin.* in genere biennium requiri dicitur, ubi nulla pactio fuit de diſtrahendo, (de ea enim ſola ante locutus eſt), atqui hoc caſu nulla fuit de diſtrahendo, quia tantum fuit de non diſtrahendo.

Hodie neutro caſu exſpectari biennium, neceſſe eſt; ſane non magnus pignorum uſus foret, ſi illorum diſtractio tanto tempore circumſcriberetur. Vid. *Müll. d.* §. 44. *lit.* ε. Adeoque moribus eædem hic ſolennitates obtinent, quæ in primo caſu. Neque pactum de non alienando, utpote contra naturam pignoris adjectum, ullum effectum habere poteſt, (3) Tum ſequitur taxatio judicialis ſeu ſubhaſtatio, de cujus ſolennibus dixi initio hujus quæſtionis.

QU. III

Qv. III. *An, termino ſubhaſtationis elapſo, poenitere liceat?*

Negatur: Quia ex momento elapſi termini jus quæſitum eſt tum emtori, tum debitori, aliisque diſtrahentibus, quod iis invitis auferri nequit: *Licitator* ergo tunc pœnitere, & ab oblato pretio recedere nequit. *Phil. de Subhaſt. cap.* 3. *comm.* 16. *n.* 124. Idem de debitore, aliisque diſtrahentibus tradit. *Id. d. comm.* 16. *n.* 80. 106. *ſeq. Poſt. de ſubhaſt. p.* 1. *Inſp.* 35. *n.* 19. *ſeq.*

Exc. Si juſtum pretium non ſit licitatum; *Mev. p.* 7. *dec.* 206. *Poſt de ſubhaſt. p.* 1. *Inſp.* 42. *pr. Inſp.* 43. *n.* 21. & 22. *Inſp.* 45. *n.* 18. *ſeq. Inſp.* 47. *n.* 22. Paria enim ſunt, non emere, & non juſto pretio emere, *Moll. p.* 1. *conſt.* 32. *n.* 17. Tunc enim juxta æſtimationem peritorum creditor pignus vel rem in ſolutum accipere tenetur, *Poſt. dd. ll.* Non autem eſt juſtum pretium, ſi infra dimidium veri pretii oblatum ſit. Vid. *ſupr. tit. de Reſcind. vend.*

Qv. IV. *Si poſterior licitator deſiſtit, an prior adigi poſſit, ut retineat?*

Valde diſceptatur inter Doctores, an, ſi is, qui plus licitatus eſt, poſtea oblatum pretium ſolvere nolit, proxime anterior cogi poſſit, ut eo pretio, quod ipſe obtulit, rem retineat? Nos

Negamus, (1) quia negotium licitationis in meris tractatibus conſiſtit, nec jus inde quæritur, niſi in momento effluxi termini ſubhaſtationis, adeoque cum eo ſolo, qui tum ultimum obtulit, contrahitur, reliquorum oblationes vero rejiciuntur. Neque (2) cum proxime anteriore quicquam contractum dici poteſt, non *ante* effluxum terminum, quia licitator quidem obtulit, at creditor non acceptavit, nec *poſt*, quia tunc rejecto hoc plus offerentem creditor elegit; ſed & (3) eodem jure, quo is, qui plus licitatus eſt, pœnitere poteſt, eodem quoque jure ſequens, & ſic porro, pœnitere poterit: Idque (4) ita ſtatuit *Phil. de Subhaſt. c.* 3. *comm.* 16. *n.* 132. *ſeq. Moller. p.* 1. *conſt.* 32. *n.* 8. *Hering. de fidej. c.* 6. *n.* 17. *ſeq.*

Obj. Quod primi emtoris licitatio ſtatim ab initio ſit perfecta, & conditio ſaltem tacite inſit, ſi alius majus pretium non offerat. *Schilt. Ex.* 30. *th.*

th. 49. *& seq. Dd. apud Phil. d. Comm.* 16. *n.* 136. *seq. Posth. p.* 1. *insp.* 35. *n.* 27. *n.* 116. *seq.*

Resp. Conditio illa tacita existit, si alius majus pretium offert.

Qv. V. *Si pignus, quod creditor distraxit, postea evincitur, an & quatenus creditor de evictione teneatur?*

Laut. pag. 409. verb. *Si postea.*

Circa evictionem pignoris a creditore venditi, duo distinguendi sunt casus: *Vel* enim (1) creditor rem ipsam, reique dominium alii vendit: *Vel* (2) saltem jus suum hypothecæ cedit, & in alium transfert.

ILLO casu *vel* vendit pignus tanquam rem suam, & alienatio rei, quippe alienæ, est ipso jure nulla, debitorique integrum est, soluto creditori debito, eam ab emtore vindicare, *L.* 2. *C. si pign.* qui tunc contra venditorem ad evictionem agit, *t. t. ff. de Evict. Vel* distrahit creditor pignus adhibitis solennibus in jure ad distractionem pignoris necessariis, quo causa, si res distracta debitoris non fuerit, sed tertii, venditor ad evictionem emtori non tenetur: *L.* 11. §. 16. *de Act. emt.* nec ad pretium restituendum actione ex emto, *ibid. & L.* 50. *ff. de Evict. Laut. p.* 409. *in fin.* propter *L.* 1. *C. Cred. ev. pign.* quia tenentur tantum de evictione, qui suo nomine vendunt, non qui alieno, *arg. L.* 1. *L.* 3. *C. Quand. ex fact. tut. arg. L.* 50. *h. Laut. p.* 425. nullum ergo remedium superest emtori, quam ut utili actione emti agat contra debitorem, vel actione pignoratitia; quam cedere debet creditor. *Laut. pag.* 409. *in f.*

HOC casu, si scil. creditor saltem jus suum hypothecæ cedit, *vel* ipse dominus, *vel* potior aliquis creditor, pignus cessum vindicat: Si *ipse dominus* rem vindicat, cedens seu venditor ad evictionem non tenetur, quia uti in nomine cesso sufficit nomen esse, licet bonum non sit, *L.* 4. *de Hær. vend.* ita in pignore cesso sufficit, hypothecam veram esse, licet bona non sit. Nam eadem ratione hic quoque non res quædam, sed jus hypothecaria agendi, incertusque proinde litis eventus, translatus videtur; idque in terminis ita traditur in *L.* 30. *ff. de Pign.* ibi: *periculum pignorum nominis venditi ad emtorem pertinere, si tamen probetur, eas res obligatas fuisse, L.* 10. *ff. de Distract. pign.* ibi: *Et si is, qui lege pignoris emit, ob evictionem, rei redire ad venditorem non potest etc.* Conf. *L.* 68. §. 1. *de Evict.*

Exc.

Exc. (1) Si dolose creditor egit, & sciens, pignus esse alienum illud vel cedit, vel adhibitis solennibus vendit, *L. 2. C. Cred. evict. pign. L. 11. §. 16. de Act. emt.* tunc enim actione b. f. ex emto vendito tenetur *d. L. 11. §. 15. & 16.* (2) Si nominatim evictio promissa sit. *L. 1. L. 2. C. eod.* Nam ex pacto suo tunc obligatur creditor: quod etiam, nudo nomine vendito, verum esse puto. Nam dissimulare haut possum, doctrinam communem, quod, vendito nomine, evictio non præstetur, licet ea nominatim promissa sit suspectam mihi omnino videri, 1) quia hæc promissio in dubio aliquid operari debet. Neque enim hæc promissio evictionis ad veritatem nominis restringi potest, quia verum nomen etiam non addita evictionis promissione præstari & evinci debet: obtiosa ergo foret illa clausula, nisi id operaretur, ut bonum quoque nomen creditor promisisse videatur; idque 2) ita traditur in *L. 4. & 5. ff. de Act. vend.* sed & (3) pignore vendito, nihil aliud, quam hypotheca, seu ipsum jus agendi, adeoque incertus litis eventus in emtorem transfertur, *L. 30. ff. de Pign.* & tamen, si evictio nominatim promissa est, non tantum vera hypotheca, sed & bona, i. e. aliis creditoribus potior, præstari debet, *L. 1. C. Cred. evict. pign.*

Si non ipse dominus, sed *potior aliquis creditor* pignus actione hypothecaria persequitur, & eo nomine rem ab eo, cui ego pignus cessi, vindicat, hoc omnino casu evictionem ejus rei præstare emtori teneor. Nam (1) legibus expeditum est, creditorem utique præstare debere ei, cui pignus vendit, se potiorem esse reliquis creditoribus, per *text. expr. in. L. 1. C. Cred. ev. pign.* Quod (2) & æquitati, & rationi juris civilis maxime congruum esse videtur: quia creditor quidem rem ipsam suo nomine non vendit, adeoque ratione rei ipsius evictionem non præstat, uti vidimus; at pignus, i. e. jus in re, suo nomine vendit, indeque merito ejus evictionem præstare debet. Inprimis cum (3) possessionem naturalem quoque cesso pignore in emtorem transferat; venditor autem emtori præstare debet, ut in lite de possessione potior sit, *L. 11. §. 13. de Hær. vend.* atque ita (4) in terminis decidit *Mev. p. 2. dec. 360. n. f. & dec. 361.* & in Curia Halberstadiensi in contradictorio ita judicatum est in causa **Stöpers** contra **Heißern.**

Equidem *Mev. d. dec. 361.* distinguit, an solum pignus venditum sit, an pignus cum nomine: *illo* casu venditorem teneri præstare, potiorem se esse aliis creditoribus, non vero hoc casu: Verum nullibi hæc differentia fundata est, & utrobique eadem videtur ratio: quia posteriori quoque casu non nudum jus agendi vendit, sed & hypothecam, & possessionem:

licet ergo ratione nominis evictionem non præstet, eam præstabit ratione pignoris simul venditi, ut ratione hujus, se potiorem esse aliis creditoribus, & possessionem quoque potiorem, præstet. *d. L.* 11. *d. L.* 1.

DE JURE OFFERENDI.

Cum autor hanc nobilissimam pignorum materiam omiserit, eam hic paucis supplebimus.

§. 1.

Distractione rite facta a creditore, jus plene quæsitum est emtori, nec auferri ei ullo modo potest. *L.* 8. *L.* 18. *C. h. L.* 12. §. 7. *Qui pot. in pign. L.* 1. *pr. L. f. C. Si antiqu. cred. pign. vend.* Unde exstinguuntur hoc actu omnia reliquorum creditorum pignora, ac si nunquam fuisser quia vendens jus pignoris in solidum habuit, eoque jure suo usus est, reliquis vero nulla fit injuria, quia illorum facto non potuit aliquid detrahi juri primi creditoris, adeoque eorum pignus nullum est, nisi in eventum, si prior dimissus sit. *arg. L.* 3. *in f. L.* 5. *ff. de Separ.*

§. 2. Ut ergo distractionem hanc impedire, eoque pignus suum salvare possint, datur ipsis JUS OFFERENDI, quo posterior, si solvat priori ante distractionem debitum cum usuris, in ejus locum succedit, atque ita pignus ratione istius quoque debiti consequitur, illudque in se transfert. *L.* 5. *C. Qui pot. L.* 1. *L.* 3. *C. de His, qui in prior. L.* 12. §. 7. *L.* 17. *ff. L.* 5. *C. Qui pot. in pign.*

§. 3. Hoc proinde est beneficium juris, quo ii, quorum interest pignus non distrahi, soluta ejus possessori pecunia debita cum usuris, pignoris jus in se transferunt. *dd. LL.*

§. 4. Offerre ergo possunt omnes, quorum interest, pignus non distrahi; adeoque (I.) CREDITORES POSTERIORES, qui eo facto pignus acquirunt pro debito & quantitate priori exsoluta, modo, si pignus non habent, ea lege solvant, ut in id succedant, *L.* 1. *L.* 3. *C. de His, qui in prior. l.* 3. *C. Quæ res pign. Carpz. p.* 1. *const.* 28. *def.* 133. non tamen illud acquirunt pro utroque *L.* 16. *ff. Qui pot. in pign.* Utilitas vero

ejus

ejus rei insignis hæc est, quod 1) ita arbitrium distrahendi penes offerentem sit, & pignus in ejus custodia. 2) Alias perderet pignus, & nec in suo ordine illud haberet. 3) Jure retentionis uti potest, si unum debitum sine altero nolit acceptare. *L. un. C. Etiam ob chirogr.*

Unde constat, pro utroque debito pignus illud obligari, si creditor, immediate sequens, offerat; & de hoc casu agunt. *L.* 12. §. 2. *Qui pot. in pignor. L.* 5. *pr. de Distr. pign. L.* 22. *C. de Pign.*

(II.) POSSESSORES PIGNORIS, conventi hypothecaria, actori debitum cum Usuris offerre, & actiones sibi cedi, petere possunt. *L.* 19 *ff. Qui pot. in pign. ibique Brunnem.*

(III.) DEBITOR quoque possessori pignoris qui litis æstimationem præstitit, hoc modo offerre potest, *l.* 2. *Quib. mod. pign. L.* 8. *inf. L.* 12. *§.* 1. *Qui pot. in pign.*

§. 5. Offerri potest cuique possessori pignoris, cui id a creditorem non est rite distractum, adeoque (1) CREDITORI PRIORI, etsi debitor ei pignus eventualiter in solutum dederit, vel vendiderit, *l.* 1. *C. Si antiqu. cred. pign. vend.* quia pignus non tollitur, nisi legitima distractione *l.* 2. *C. eod.* (2) DEBITORI, modo pecunia ad creditorem pervenerit, *l.* 17. *Qui pot. in pign. l.* 3. *C. de His, qui in prior.* (3) POSSESSORI PIGNORIS, qui pignus nactus est, præstita creditori vel debitori litis æstimatione. *L.* 12. *§.* 1. *Qui pot.* Eo enim facto, pignus non tollitur. (4) CREDITORI, QUI OBTULIT, iterum reliqui offerre, & ita pignus acquirere possunt. *l.* 5. §. 1. *l.* 6. *de Distr. pign.*

§. 6. Exstinguitur jus offerendi distractione, a creditore rite facta, *L.* 2. *C. Si antiq. cred. pign. vend. l.* 18. *C. de Distr. pign.* non vero, si debitor vendat, vel in solutum det creditori. Vid. §. 5.

§. 7. Hodie jus offerendi non obtinere ait *Voët. h. in fin.* & *Grœnw. ad L.* 1. *C. Qui pot. in pign.* Quod perperam & inconsultum dictum ait *Lеuw. l.* 4. §. 11. *n.* 122.



LIB. XX. TIT. VI.

QUIBUS MODIS PIGNUS VEL HYPOTHECA SOLVITUR.

Qv. I. *Quando & quibus modis pignus tollatur ipso jure?*

Laut. pag. 410. verb. ipso jure si debitum exstinctum &c.

RESP. Exstincto debito, *l.* 6. *pr. h.* Nam uti pignus ab initio contrahi nequit sine debito, saltem naturali, (quia est accessio debiti principalis, adeoque non valet, nisi hoc subsistat saltem naturaliter), ita nec semel contractum durat sublato principali.

Hoc autem verum saltem est, si tollatur debitum per modum aliquem, qui pro solutione, *L.* 6. *C. de Distr. pign. L.* 9. §. 3. *de Pign. act.* vel satisfactione habetur, ideo enim pignus datur, ut satisfiat, *l.* 6. *pr. h.* Qualis modus est, quando vel effectu quis debitum consequitur, v. g. per compensationem, *l.* 4. *ff. Qui pot. in pign.* vel ultro contentus est, ut, si remittitur, quod fit per novationem, acceptilationem, pactum de non petendo &c. *L.* 6. §. 1. *h. L.* 52. *ff. de solut.* omnibusque aliis modis, quibus ultro contentus est. *d. l.* 6.

Non ergo tollitur pignus, sublato principali, si æquitas aliqua naturalis debitum sustinet propter pignus, uti si per exceptionem tantum, aut non in perpetuum tollitur, tunc enim non satisfactum est creditori, indeque etsi res principalis amplius peti non possit, pignus tamen, quod propriam rem debitam continet, & in securitatem debiti, usque dum plene satisfactum fuerit, constitutum est, salvum manet.

Hinc (1) Pignus non tollitur præscriptione debiti principalis, quia nec satisfactum, nec debitum principale ipso jure sublatum. *L.* 2. *C. de Luit. pign.* sed actioni tantum præscriptum est. Secus si ipsi pignori præscriptum sit. *L.* 9. *pr. h.* (2) Exceptiones perpetuæ non sunt instar satisfactionis, quia illæ non sunt modi, quibus creditor ultro contentus est, sed invito creditore tollitur obligatio, uti per exceptionem præscriptionis, doli, erroris &c. Idemque est (3) in confusione, de qua *quæst. seq.*

Qv. II. *An, debito per confusionem sublato, ipso jure exstinguatur pignus?*

Dissent. Laut. pag. 410. verb. e. gr. confusionem &c.

NEGATUR. Adeoque si hæres defuncto obligavit pignora, vel contra, hæc non liberantur per successionem hæredis: nam cum pignus non solvatur, nisi per solutionem debiti, aut per satisfactionem, *L.* 13. §. 4. *de Pign. L.* 9. §. 3. *de Pign. act. L.* 6. *pr. Quib. mod. pign. solv.* facile constat,

confuſione, quæ nec ſolutio, nec ſatisfactio eſt, non ſolvi pignus; ſed actio ſaltem impeditur, utpote quam hæres contra defunctum, cujus perſonam repræſentat, inſtituere nequit: quando autem impedimentum illud ceſſat, & v. g. hæreditas defuncti debitoris, ſub qua etiam pignus illud continetur, per fideicommiſſum reſtituta eſt tertio, omnino actio hypothecaria contra tertium intentari poteſt, quia verum eſt, ſolutum non eſſe, adeoque iniquum eſſet, cum ſatisfactum non ſit, & ſatisfieri jam poſſit, tolli pignus, quod ſecuritatis cauſa conſtitutum eſt. Idque expreſſe ita diſponitur. *L. 59. pr. de SCT. Treb.* ubi creditor, qui pignus habet, debitori ſuo exiſtit hæres, ſed totam hæreditatem, adeoque & pignus tertio fideicommiſſario reſtituit, quæſitum fuit, an ille creditor actione pignoratitia repetere pignus a fideicommiſſario poſſit, idque affirmatur *d. L. 59. junct. L. 38. §. f. de Solut.*

Diſſentit *Bachov. de Pign. L. 5. c. 2. n. 7.* Conf. omnino *Diſp meam de Confuſione obligationum.*

Qv. III. *An hypotheca ope demum exceptionis tollatur, ſi debitum vel hypotheca pacto remittitur?*

AFFIRMATUR: Nam in genere de pignore id traditur in *L. 17. §. 2. de Pact.* ibi: *tollitur pignus per exceptionem; quoties paciſcor, ne petam.* Rationem dedi ſupra *L. 2. tit. 14. q. 16. & 17.* Conf. *l. 5. ff. Quib. mod. pign. ſolv.* quanquam contrarium teneat *Wiſſenb. in ff. h. t. §. 34.* ubi hypothecam contrario pacto ipſo jure tolli ait. *Laut. pag. 410. verb. Si debitum remittatur.*

Obj. (1) Pactum hypothecæ nudo conſenſu conſtitui, obligationes autem conſenſu perfectæ contrario conſenſu diſſolvuntur ipſo jure, *l. 2. ff. de Reſc. vend. §. fin I. Quib mod. toll. obl.*

Resp. Lex confirmat pactum hypothecæ, ut actio exinde detur, non vero confirmat pacta, quibus remittitur illa hypotheca, ut ipſo jure hypothecam tollant. Fallit ergo illa regula, ubi alia eſt ratio conſtitutionis. Plenius rem excuſſi ſupra *L. 2. t. 14. q. 17.*

Obj. (2) *L. 9. C. de Rem. pign.* ubi exſtinguitur pignus ipſo jure, ſi creditor debitori pignus reſtituit.

Resp. Tum non nudo pacto remittitur pignus, ſed accedente facto traditionis & reſtitutionis.

Obj. (3) *L. 9. §. 3. de Pign. act.* ibi: *vel nuda conventione naſcitur pignoratitia actio &c.* & in *L. 23. C. de Pign.* majori, pignus remittenti, nudo pacto non datur ejus perſecutio.

Resp. In *d. l. 9.* non tollitur ipſo jure, ſed per replicationem doli: nam debitori, pignoratitia agendi, obſtat exceptio incompetentis actionis, ſed

ſed hæc eliditur replicatione doli, quod contra pactum veniat: dum ergo in *d. l.* 9. debitori actio pignoratitia dicitur dari, id de effectu intelligendum eſt, non ut ipſo jure actio illa profit, ſed per modum replicationis. In *d. l.* 13. major remiſſionem pignoris perſequi non poteſt, ſcil. cum effectu, quia ei obſtat exceptio perpetua pacti.

INSTAT (4). *Wiſſenbach. d. l.* noſtram *l.* 17. §. 2. *de Pact.* agere de pacto de non petendo *debito*, tum pignus tolli ope exceptionis ait, ſecus in pacto de non petendo *pignore.*

RESP. Imo in utroque idem jus obtinere, & utrumque pactum ope perpetuæ exceptionis pignus tollere, traditur in *L.* 5. *Quib. mod. pign. ſolv.*

QV. IV. *An, remiſſa ſorte, remittatur hypotheca, ſi illa remiſſio inutilis ſit?*

Laut. ibid. NEGATUR, *L.* 5. *C. de Remiſſ. pign.* quia paria ſunt: non eſſe remiſſum, & inutiliter eſſe remiſſum. Et inutilis remiſſio nihil poteſt operari.

EXC. Si vitium cohæreat ſoli remiſſioni ſortis, & Lex ſolam hanc improbet, non vero remiſſionem pignoris, tunc enim hæc valet & ſolvitur pignus, etſi ſortis obligatio maneat; neque voluntas creditoris pignoris obligationem remittendis, hactenus vitioſa eſt, vel lege improbatur. Hinc ſi conjux debitum remittit conjugi, non valet donatio ſortis; at valet remiſſio pignoris. *L.* 1. §. 1. *h. L.* 21. *C. Ad SCt. Vellej.* Nam ex hac conjux neque fit pauperior, neque locupletior. Conf. *Wiſſenb. ad ff. h.* §. 33.

QV. V. *An, ſi debitor, conſentiente creditore, pignus alienavit, alienatumque legitimo quodam modo poſtea redeat in dominium debitoris, pignus renovetur?*

RESP. Diſtinguendum, *an* redeat ideo, quia alienatio effectum non habuit, *an* vero ex alia & nova cauſa; *Priori* caſu ſemper renovatur pignus; nam cum totum negotium effectum non habeat, etiam conſenſus ille abſque effectu erit, idque in terminis ita traditur in *L.* 10. *h. Poſteriori* caſu alienatio effectum habuit, indeque conſenſu pignus in perpetuum ſublatum eſt ipſo jure: at ſi debitor, ad quem pignus redit, nolit ſolvere debitum, dolo videtur excipere contra creditorem, hypothecaria agentem, *pignus ejus conſenſu remiſſum eſſe*, indeque replicatione doli repellitur, per textum expreſſum in *L.* 8. §. 7. *h. t.* Conf. *L. f. C. de Remiſſ. pign.*

Certiſ-

Certiſſimum ergo eſt, hoc poſteriori caſu pignus ipſo jure ſublatum eſſe, nec unquam reviviſcere, niſi per modum replicationis doli. At dubium inter JCtos ortum fuit, an hoc quoque verum ſit, ſi pignus generaliter in omnibus bonis conſtituatur; & quidam putabant, tunc pignus reviviſcere, quia etiam futura bona pignori ſunt. Sed hoc dubium tollit Imperator in *d. L. f.* &, hujusmodi pignus non reviviſcere ait ſive generale ſit pignus, ſive ſpeciale, in pœnam ſpreti beneficii.

Atque ex his apparet, hanc *L. fin.* non derogare Juri Digeſtorum ſive *d. L.* 8. & *d. L.* 10. uti putat *Wiſſenb. ff. h.* §. 38. Alii aliter hanc antinomiam conciliare ſtudent, *Peretz. ad d. L. f. n.* 5. *Pac.* 5. *Ant.* 32. ſed, noſtra ſententia poſita, omnis ratio dubitandi ceſſat.

Qv. VI. *An pignus ipſo jure tollatur per ſententiam Judicis injuſtam?*

AFFIRMATUR; nam ex publica utilitate res Judicata habetur pro veritate, & partes ex ſuo quaſi contractu obligantur: idque in terminis ita traditur in *L.* 13. *h.* *Diſſent. Laut. pag.* 410. *verb. aut ſi debitor &c.*

OBJ. *L.* 60. *ff. de Cond. ind.* ubi ſententia judicis abſolutus natura manet debitor; at pignus naturali debito accedere poteſt. *L.* 5. *pr. L.* 14. *ff. de Pign.*

RESPONSIONEM vide *ſupr. L.* 12. *tit.* 6. *q.* 11. *Obj.* 2. & *L.* 13. *tit.* 7. *q.* 1.

Qv. VII. *An creditor, qui ſcit, pignus alienari, nuda hac ſcientia pignus ſuum remittere videatur?*

NEGATUR, per *L.* 8. §. 15. *h.* ubi & ratio additur, quia tacuiſſe creditor judicatur, quod ſciret, rem alienari cum ſuo onere. *Laut. pag.* 410. *verb. Nuda ſcientia &c.*

Exc. Si pignus ſalvum non eſt, uti (1) ſi ſervus pignoratus manumittitur. *L.* 1. *C. de Remiſſ. pign.* Nam ſervo ſemel rite manumiſſo ideo tollitur pignus, quia in ſervitutem revocari nequit, & ſic neceſſario tollitur pignus, utpote quod in libero homine eſſe nequit. (2) Si fiſcus diſtrahat, *L.* 8. *C. eod.* ne facile fiſcalis haſtæ fides convellatur. (3) Si denuncietur creditori, ſaltem per publicum proclama. *L.* 6. *C. eod. L.* 5. *C. Ad SCt. Vellej.* Nam in eum finem id fit, ut emtor tutus ſit, adeoque ſilentio ſuo ſibi præjudicat creditor. (4) Si dolo taceat creditor, ut deciperet emtorem *d. L.* 5. *L.* 11. *C. de Diſtr. pign.* Conf. *Wiſſenb. ad ff. h.* §. 31.

OBJ.

Obj. Quod ſciens & tacens conſentire videatur, *L.* 184. *de Reg. jur.* conſentiens autem in alienationem pignoris illud remittit. *L.* 4. §. 1. *L.* 7. *pr. L.* 8. §. 11. *h.*

Resp. Regula præmiſſa fallit, quoties quis ſcit, ubique jus ſuum ſalvum eſſe, *d. l.* 8. §. 15. *h.* uti id plenius demonſtravit *Dn. Par. in Diſp. de Silentio.*

Qv. VIII. *An creditor conſentiendo in ulteriorem oppignorationem videatur remittere pignus?*

Laut. Pag. 410. verb. *vel ulteriorem &c.*

Affirmatur: Quia alias nulla ratio eſt, cur ejus conſenſus petitus & ſecutus fuiſſet. Sane conſenſum hunc aliquid operari, neceſſe eſt, quia & ſine eo debitor alienare potuiſſet. Idque ita traditur in *L.* 12. *pr. L.* 9. §. 1. *L.* 11. *ff. Quib. mod. pign. L.* 12. §. 4. *Qui pot.* Idemque eſt, ſi ſubſcribendo tabulas tacite pignori conſentit. *L.* 9. §. 1. *h. L.* 8. §. 15. *eod.*

Exc. (1) Si addat ſalva pignoris cauſa. *L.* 4. §. 1. *h.* Item (2) ſi in ſubſcriptione deceptus ſit. *L.* 8. §. 15. *h.*

Exc. (2) Si ut teſtis, vel ex alia cauſa ſubſcribit: *L.* 39. *de Pign. act. ibique Goth.*

Conf. *Struv. Evol. p.* 369. *Frantzk. h. n.* 139. *Bach. de Pign. L.* 5. *c.* 13. *Wiſſenbach. ad ff. h. n.* 31. Alii tamen putant, jus tantum prioritatis tali conſenſu amitti. Vid. *Wiſſenbach. d. l. Carpz. p.* 1. *conſt.* 28. *def.* 131.

Qv. IX. *An pignus tollatur, re pignorata, vel ejus ſuperficie mutata?*

Laut. pag. 410 verb. *Extincta ipſa re.*

Negatur, propter *L.* 16. §. 2. *ff. de Pign. L.* 29. §. 2. *L. fin. eod.* quia pignus afficit ipſam rei ſubſtantiam, adeoque durat, quamdiu minima pars ſupereſt. Unde domo combuſta, manet pignus in ruderibus & area, *d. L.* 16. & nova domus pignori cedit, *d. L.* 29. *L.* 21. *de Pign. act. Carpz. dec.* 21.

Obj. (1) *arg. l.* 5. §. *p. & ult Quib. mod. uſusfr.* ubi uſufructu ædium legato, ceſſat uſusfructus etiam in area, exſtinctis ædibus.

Resp. *Aliud* eſt in pignore, quod rem ipſam afficit, & ubi proprietas in ipſa ſubſtantia eſt, *aliud* in uſufructu, qui in forma juris conſiſtit, qua mutata, neceſſario totus uſusfructus tollitur: in *priori* ſecuritas creditori conceditur, quæ etiam in parte manet; in *poſteriori* uſus juxta formam præſcriptam. Vid. *late ſupr. L.* 7. *tit.* 4. *q.* 2.

Obj.

Obj. (2) *L.* 18. §. *p. ff. de Pign. act.* quæ, ſylva vel materia pignori obligata, navem ex ea materia factam pignori eſſe negat.

Resp. Ibi per ſpecificationem ipſa res interire videtur, indeque ipſum dominium quoque ibi mutatur. Conf. *d. quæſt.* 2. Eodem recidit diſtinctio *Cujac. L.* 23. *O.* 22. utrum ſcil. forma potentior ſit materia, eamque exſtinguat, an vero non exſtinguat, ſed adjiciat duntaxat aliquid, vel imminuat, revertive ad potiorem materiam poſſit: quam probat *Wiſſenbach. ff. h.* §. 37. *ibique Dd.*

Qu. X. *An, adjecta lege commiſſoria, pignus tollatur?*

Negatur. Vide *L.* 13. *tit.* 7. *q.* 8. Conf. *Phil. Uſ. pract. Inſt. L.* 2. *Ecl.* 41. *n.* 8. *ibique late Dd. Afflict. dec.* 368. *n.* 2.

LIB. XXI. TIT. I.

DE

ÆDILITIO EDICTO, ET REDHIBITORIA, ET QUANTI MINORIS.

Qu. I. *Si plures res ſimul veneant, & una ſit vitioſa, an tota emtio vitietur?*

Resp. Si UNA venditio eſt plurium rerum, una re vitioſa, omnes redhibentur, quia non poteſt pro parte valere, pro parte non valere: nec partibus id actum vel commodum. *Laut. pag.* 411. verb. *Si plures res &c.*

Plures autem res conjunctim quis videtur emiſſe, (1) ſi unum pretium conſtituit, modo confuſe, *l.* 34. §. 1. *l.* 36. *h.* una enim venditio eſt. (2) Si non facile, vel non pie ſeparantur, ut fratres *L.* 39. *h.* (3) Si ut unum corpus ſpectavit emtor, vel ea mens aliunde appareat, ut ſi quadrigam emit vel comœdorum chorum, *d. l.* 34. *pr.* etſi in ſingulas pretium conſtitutum ſit.

Obj. *L.* 38. §. *fin. verſ. ſi tamen ædilitium edictum &c. ff. h. t.* ubi tota emtio non vitiatur, etſi unum pretium conſtitutum ſit.

Resp. Ibi diſtincte, non confuſe, pretium fuit conſtitutum, ſcil. in ſingulos certum, ſed una ſumma comprehenſum: quod ex fine apparet, ubi

ubi excipitur casus, si separari res non possunt, quod fit pretio confuse statuto, quia sciri tum nequit, quid singulæ valeant.

Si PLURES venditiones sint, sola res vitiosa redhibetur, quia plurium negotiorum utile per inutile non vitiatur. *L.* 1. *pr. de V. O.*

Conf. omnino *Laut. h. p.* 411.

Qv. II. *An in locatione Ædilitium Edictum locum habeat?*

Laut pag. 411. verb. *locationem &c.*

NEGATUR: (1) Quia locationes non fiebant in foro, adeoque non pertinebant ad Ædilitium (qui autores sunt hujus Edicti) jurisdictionem. (2) Quia hoc Edictum contra Jus Civile datur, quod fieri non solet in re minimi præjudicii, qualis est nudi usus momentaria & temporaria concessio. Atque hinc (3) si quis rem vitiosam locavit, datur actio conducti. Accedit (4) textus expressus in *L.* 63: ibi: *venditiones solas &c.* & mox: *de locationibus nihil. &c. ff. h. t.*

OBJ. (1) *L.* 2. *pr. Locat.* ubi locatio & emtio iisdem juris regulis constare dicitur; ergo etiam in locatione Ædilitium Edictum obtinebit.

RESP. Essentia tamen differunt, adeoque hactenus & quæ inde pendent regulis. Cum igitur emtione jus perpetuum transferatur, locatione vero tantum temporarius & momentarius rei usus, adeoque leve inde præjudicium, ab hac ipsa differentia oritur jus illud rescindens, quod non competit in rebus parvi momenti, si quid tamen promissum sit, vel culpa locatoris appareat, ex conducto agi potest ad redhibitionem, *l.* 2. *de Act. emt.*

DISSENTIT (2) *Cujacius L.* 12. *Obs.* 38. *l.* 33. *C. Loc. Cond.* ibi: *ut liceat &c.*

RESPONDENT quidam, ibi tantum dici, quod ob vitium locatio conductio intra annum solvi possit, videlicet, actione ex ipso contractu. Rectius vero cum *Goth. ad d. l.* respondetur, spuriam esse illam legem Codicis, & a Cujacio adjectam.

Conf. *Hotom. L.* 4. *Obs.* 17. *Struv. in Evolut. ad Ex.* 27. *th.* 4. *Dn. Berger. in resolut. ad h. t. Laut. Comp. p.* 411. *& ibi Frantzk. h. n.* 45.

Qv. III. *An vendito servo muto aut surdo, Ædilitio Edicto locus sit?*

Laut. pag. 411. verb. (1) *corporis &c.*

NEGATUR, *L.* 3. *ff. h.* nam locum tantum habet Edictum in vitiis latentibus, qualia hic non sunt. *l.* 1. §. 6. *l.* 14. §. *f. h. t. Struv. h.* §. 5. *n.* 3.

OBJ. *L.* 92. *eod.* ubi mutus dicitur morbosus esse, unde omnino ad Ædilitium Edictum pertinere videtur.

RESP.

Resp. Eſt quidem morboſus, ſed non talis, ut inde detur actio ex Edicto. *d. L.* 3. Sed hic morbus recenſetur inter vitia, ob quæ datur actio ex ipſo contractu. *L.* 4. *h. t.*

Qv. IV. *An emtori, ſcienti vitium, detur redhibitoria, ſi per procuratorem emit, qui vitium ignoravit?*

Resp. *Emtori* non datur, at *procurator* redhibitoria agere poteſt, *ſi ſuo nomine* emit: nam contractus initus eſt inter procuratorem & venditorem, ille ergo revera eſt deceptus, indeque agit ex Ædilitio Edicto, quod vult emtori, qualis hic eſt procurator, omnia prodi vitia. Vid. *L.* 51. §. 1. *h.* *Laut. pag.* 412. verb. *datur emtoribus.*

Dissentit *Connanus* 3. *Comm.* 14. propter *L.* 13. *ff. de Contr. emt.* ubi procurator non agit ex emto contra venditorem, ſi mandans ſcivit vitium.

Resp. Loquitur textus de nudo miniſtro, *qui non ſuo nomine contrahit, ſed nomine domini*; quod exemplo ſervi apparet: hoc caſu enim ipſe dominus contrahit, & procurator nudum eſt inſtrumentum, indeque deceptus videri nequit contrahens, cum ſcivit vitium. Conf. *ſupr. tit. de Conſt. pec. q.* 4. & 5.

Qv. V. *An concurrant actio redhibitoria & æſtimatoria?*

Affirmatur, ſed elective, *L.* 25. §. 1. *de Exc. rei jud.* uti in omnibus actionibus, ita obſervatur, ubi eadem res petitur: quod hic quoque contingit, *d. L.* 25. §. 1. ibi: *nam poſterior actio etiam redhibitionem continet.* *Laut. pag.* 413. verb. *concurrit cum redhibitoria &c.*

Obj. *L.* 43. §. 6. *h.* ubi dicitur, quod inſtituta actione æſtimatoria adhuc agere liceat redhibitoria.

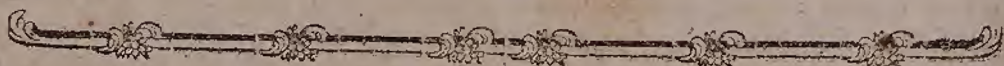
Resp. Caſus ibi ſpecialis eſt, ubi in totum inutilis eſt ſervus, ita, ut plane non expediat domino, ſervum habere: tunc enim etiam inſtituta æſtimatoria ex officio Judicis tota res redhibetur.

Qv. VI. *An actiones ex contractu induant naturam redhibitoriæ vel æſtimatoriæ, ſi ex iis agitur ad ſolvendum contractum?*

Ita putat *Lauterbachius p.* 413. vident enim Doctores, ex contractu bonæ fidei etiam agi poſſe ad reſolvendum contractum; indeque actione emti quoque *Diſſent. Laut. pag.* 413. verb. *Quando agitur &c.*

quoque resolvi negotium ex capite vitii; unde concludunt, ex emto fieri redhibitoriam, & qualitatem adjectam.

Verum non placet hæc sententia: nam (1) per concursum actiones non mutantur, sed ubi duæ actiones concurrunt, cujusque natura & præstatio salva manet. Vid. *supr. tit. de Pact. q.* 19. *& tit. ad L. Aquil. q.* 4. Cum igitur (2) simpliciter actio hic detur ex contractu, etiam ad rescindendum contractum, *L.* 44. §. 1. *h. L.* 56. §. 1. *ff. Locat.* non poterit ejus natura & præstatio mutari per concursum redhibitoriæ. Neque (3) id ullibi dicitur, sed contrarium apparet ex *L.* 1. §. *p. h. t.* ubi actio emti datur ad rescindendum negotium, ob vitium contractum, non vero redhibitoria, adeoque invicem distinguuntur. Sane (4) diversissimæ utriusque sunt præstationes, *L.* 13. §. *fin. de Contr. Emt.* junct. *L.* 51. §. 1. *L.* 44. §. 1. *h.* *Altera* est ex edicto, *altera* ex contractu: *altera* ex Jure Prætorio, *altera* ex Jure Civili: *Illa* est bonæ fidei, *hæc* arbitraria: *Illa* durat 30. annis, *hæc* anno finitur &c. Conf. *Struv. Ex.* 26. *th.* 12. *& supr. tit. de Pact. q.* 19.



LIB. XXI. TIT. II.

DE EVICTIONIBUS.

Qv. I. *An ipse venditor evincere possit?*

Laut. pag. 414. verb. *licet ab ipso.*

AFFIRM. Regulariter enim quidem tertius evincit, sed aliquando ipse *venditor*, si scil. is postea factus est dominus rei venditæ, uti si hæres factus fuerit vero rei domino: quo tamen casu duplex contra hunc venditorem remedium est: (1) ut agens repellatur exceptione doli; quia contra suum pactum venit; (2) ut, si possessor id malit, teneatur re evicta de evictione. *L.* 17. *L.* 18. *L.* 19. *h.*

Idem est, si venditoris hæres; *L.* 73. *h.* vel fidejussor; *L.* 11. *C. h.* evincat; nam hi omnes debent factum venditoris præstare, adeoque perinde est, ac si contra suum veniant. *L.* 3. *C. de Reb. al. non al. L.* 14. *C. de R. V.*

Qv. II. *An emtor rei alienæ, succedens vero domino evincere possit?*

Dissent. Laut. pag. 414. verb. *aut ab emtore.*

RESP. Non agit ad evictionem, quoad effectum stipulationis dupli: quia hactenus per confusionem exstincta est evictionis actio: nam a se ipso rem peteret. *L.* 9. *L.* 41. §. 2. *h.* Sed ex natura negotii, adeoque actione

actione emti emtor aget contra venditorem, ad omne id, quod intereſt, rem alienam venditam non eſſe *dd. LL.*

Qv. III. *An valeat pactum, quod venditor non debeat præſtare evictionem?*

RESP. Non valet pactum ratione pretii, & ejus, quod intereſt: at ratione dupli & quadrupli verius eſt, valere pactum; *tum* quia partes de ſuo jure, ſcil. dupli & quadrupli, diſponere, illique pacto renunciare poſſunt, tum propter *l.* 11. §. *f. de act. emt.* ibi: *utilitatem non deberi*, adeoque evictionis præſtatio locum non habet, quatenus ei renunciatum eſt. *Laut. pag.* 414 *verb. nec valet &c.*

OBJ. *d. l.* 11. §. *f.* ibi: *pretium quidem deberi, re evicta &c.* ergo videtur, evictioni renunciari non poſſe.

RESP. Cum renunciationes ſint ſtricti juris, is, qui renunciat præſtatione dupli vel quadrupli, non renunciat repetitioni pretii, vel actioni propter dolum venditoris: diverſa enim ſunt renunciare evictionis actioni, i. e. ei, quod propter evictionem abeſt, & renunciare repetitioni pretii, quod ſolvit, & quod ſine cauſa eſt penes venditorem, aut ei, quod propter dolum abeſt, ſi dolo fecerit. *Laut. d. l.*

Qv. IV. *An emtor ſciens, rem eſſe alienam, pretium repetat?*

NEGATUR: Quia donaſſe videtur; neque beneficia doloſis dantur, *L.* 27. *C. de Evict.* ibi: *contra juris poſcit rationem. L.* 7. *C. Comm. utr. jud.* ibi: *tantum evictionis promiſſionem &c. probantes, eos conveniendi facultatem habebitis.* *Laut. Pag.* 409. *verb. vel emtor.*

OBJ. (1) *L.* 1. *C. Si vend. pign.* ibi: *offerente te pecuniam &c.* ergo emtor non tenetur fundum, mala fide emtum, reſtituere, niſi oblato pretio.

RESP. Agitur ibi de debitore, qui non debet lucrum capere, ſi creditor ejus rem diſtraxit doloſe, indeque re ab emtore recepta pretium offerre tenetur, quia debuit.

OBJ. (2) *L. f.* §. *f. C. Comm. de leg.* ibi: *Emtor autem, ſciens rei gravamen, adverſus venditorem actionem habeat, tantum ad reſtitutionem pretii.*

RESP. Emtor, qui emit ab hærede rem, ſub conditione legatam, non emit rem alienam, nec eſt proprie in mala fide; quia hæres fuit dominus, & jus vendendi habuit, cum conditio deficere potuerit, & gravamen in plerisque cauſis certum fuit: Singulariter ergo id ibi conſtitutum, ut pretium repetatur.

Conf. *Dn. Berger. h. q.* 1.

Qv. V. *An evictio locum habeat in divisione hæreditatis, ab ipso testatore facta?*

Laut. pag. 414. verb. *vel ab ipso &c.*

NEGATUR: Et is, qui rem alienam ex illa divisione accepit, non evincet; (1) quia pater potuit inæqualia dare, & respectu ejus donatio est, in causa autem mere lucrativa cessat evictio. Atque ita (2) res deciditur in *L.* 77. *§.* 8. *de Leg.* 2. ibi: *evictis prædiis, nulla cum fratribus actio erit*, & in *L.* 69. *ad SCt. Trebell.* hæres fiduciarius restituens hæreditatem præceptis quibusdam rebus non cavet de evictione eis, quibus restituit hæreditatem ex dispositione testatoris.

OBJ. (1) *Lect.* 66. §. *f. h.* ibi: *in dominum actio dabitur &c.*

RESP. Loquitur de divisione ab alio, quam testatore facta.

OBJ. (2) *L.* 77. §. 8. *in fin. de leg.* 2.

RESP. Exceptio est, si mutua vice legata debentur; i. e. si ab eo, cui res aliena ex divisione legata est, itidem & vicissim evincenti aliquid legatum. Si igitur hic petit sibi legatum, repellitur exceptione doli, quod nolit a se legatum, etsi alienum, præstare: dolo enim videtur agere, quod contra voluntatem defuncti veniat.

OBJ. (3) *d. L.* 69. *& L.* 72. *ff. ad SCt. Treb.* ubi hæres, qui præcepta re aliena restituit fundum, agit ad evictionem, cum tamen hic quoque hæres habet rem ex divisione, adeoque ex causa lucrativa.

RESP. Hæres fiduciarius, qui rogatus est, certis rebus deductis, hæreditatem restituere, hactenus instar legatarii est, §. 9. *Inst. de. Fideic. hær.* Re autem aliena legata, æstimatio debetur, modo testator sciverit, §. 4. *Inst. de Leg.*

Qv. VI. *An in donatione remuneratoria evictio præstanda sit?*

Laut. pag. 414. verb. *in donatione remuneratoria &c.*

NEGATUR: (1) Quia remuneratoriæ donationes ex mera liberalitate & nulla necessitate cogente fiunt, adeoque cessabit evictio, *l.* 18. §. *f. de Evict.* Nam (2) potuit non remunerare, & res meri arbitrii fuit, indeque causa mere lucrativa. *L.* 29. *de Donat.* Idque (3) ita traditur in *l.* 25. §. 1. *de Pet. hær.* ubi qui alium sibi obligat ad antidoram, non censetur fieri locupletior., licet alterum sibi ad *remunerationem* naturaliter obliget.

get. Dissentit *Laut. h.p.* 414. & *Struv. h.* §. 17. *ibique Evol.* (1) *arg. L.* 34. §. 1. & *L.* 27. *de Donat.* ubi remuneratio dicitur merces laboris, talemque donationem non esse meram, sed officium remuneratum.

Resp. Casus ibi singularissimi sunt, ubi ideo quis remuneratur, quod vitam remunerantis prædoni eripuit, vel propter informationem morum & artium: his enim casibus opera remunerari solet, ut proinde instar mercedis sit, & in tali remunerationis genere multa singularia sunt. *Goth. ad d. l.* 34. Atque hæ remunerationes firmant regulam in casibus non exceptis.

Instat (2) *Struvius*, agi in *d. l.* 25. de causa mere lucrativa: sed se supponere casum & talia merita, propter quæ actio extraordinaria detur.

Resp. Falsum est, *d. l.* 25. agere de causa mere lucrativa, sed expresse loquitur de remuneratoria, quæ non ex necessitate juris sit. Et cum pauci casus in jure enumerentur, ubi talis actio extraordinaria locum habet, hæ exceptiones firmant regulam in casibus non exceptis.

Conf. *Doctores apud Laut. d. l. Brunn. ad d. L.* 25. *Dn. Par. in Disp. de Obligat. ad antid.*

Qv. VII. *An in donatione simplici evictio locum habeat?*

Negatur per textum expressum in *l.* 18. §. *f. de Donat.*

Exc. (1) Si dolose donatum est. *d. l.* 18. (2) Si de evictione cautum est, *l.* 2. *C. h.* sive nudo pacto, sive per stipulationem. *Laut. pag.* 414. verb. *Non etiam præstatur in donatione &c.*

Obj. *L.* 1. *C. de Jur. dot.* ubi præstatur exictio in dote.

Resp. Hoc verum est, si in genere promissio dotis præcessit: nam dos tunc non est simplex donatio, sed titulus onerosus, ubi omnino evictio locum habet.

Secus ergo, si promissio generalis non præcessit, sed vel dos a traditione incipit, vel certa res aliena promittitur; tunc enim eadem in dote regula est, ne evictio inde detur. *d. L.* 1. *vers. Si quidem.* Sola enim illa res promissa vel tradita, nec aliter debitum est. Ergo lucrum peteret, non damnum. Nec dos sua natura est titulus onerosus; quia maritus etiam sine dote alimenta uxori præstare tenetur. Sola ergo promissio, dotem dari,

dari, efficit, ut caufa fit onerofa vel fi æftimato vel dolo data fit. *d. l.* 1. Vide late hunc textum explicantem *Struv. Ex.* 30. *th.* 10.

Qv. VIII. *An ad præftationem evictionis fufficiat fententia condemnatoria?*

Laut. pag. 415. verb. *nec fufficit &c.*

NEGATUR: Sed debet res actu evicta, vel æftimatio litis præftita effe, *d. l.* 16. §. 1. quia alias emtori fufficit, *habere licere.* Unde idem eft, fi victor ante abductionem fine hærede mortuus fit, aut emtori donaverit. *d. l.* 57. §. 1.

EXCIPE cafum, fi fciens rem alienam ignorandi vendidit, tunc enim ob dolum fuum ftatim tenetur. *L.* 30. §. 1. *de act. emt. L.* 21. *pr. h.*

OBJ. *L.* 5. *C. h.* ubi & ante evictionem ftatim ex emto agitur.

RESP. Ibi venditor obligaverat alii rem venditam, indeque, quia tradita non fuit, emtor agit ex emto ad tradendum.

Qv. IX. *An evictio præftanda, fi res per laudum arbitri fit evicta?*

Laut. pag. 415. verb. *Non etiam ex laudo &c.*

NEGATUR, *L.* 56. §. 1. *de Evict.* ubi & ratio additur, quia nulla neceffitate cogente fefe fubmifit arbitrio emtor, nam debuiffet potius judicium expectare, vel damnatus reductione ad arbitrium boni viri rem ex integro tractare. Conf. *Struv. Evol. p.* 379.

Qv. X. *An denunciatio etiam fieri debeat autori fcienti, litem motam effe?*

Laut. pag. 415. verb. *litem non denunciavit &c.*

AFFIRMATUR, *L.* 8. *L.* 20. ibi: *nec vobis negotium, ut defendatis, denunciatum probetur &c. C. de Evict.* Nam cum fit beneficium emtoris, renunciare ei videtur, fi non denunciat, nec defenfionem autoris requirit.

OBJ. *L.* 1. *de Act. emt. C.* 31. *de Reg. jur. in* 6. *item L.* 34. §. 1. *ff. de Contr. emt L.* 12. *in f. C. eod.* ubi ille certiorari non debet, qui non ignorat.

RESP. Vera eft illa regula, ubi de fola fcientia agitur, fed hic non tantum fcire debet, litem motam effe, fed & præterea fcire debet, fe vocatum & requifitum effe ad defendendum, affiftendumque emtori, per *L.* 21. *L.* 23. *L.* 29. *C. h.*

Qv.

Qv. XI. *An exemplum libelli autori, cui lis denunciatur, transmitti debeat?*

Affirm. Quia negotium denunciandum eſt, indeque vel libellus, vel contenta libelli ei communicari debent, neque enim defendere poteſt, qui cauſas litis motæ ignorat. *Laut. pag.* 415. verb. *transmiſſi exemplo &c.*

Obj. *L.* 17. *C. h.* ubi præterea nihil requiritur, quam ut is, a quo res evincitur, autorem ſuum certum faciat.

Resp. Certum eum debet facere ad effectum defenſionis, non autem poteſt defendere, qui ignorat cauſas litis motæ.

Qv. XII. *Si autori lis denunciatur, an is ſuis ſumtibus defendere reum conventum debeat?*

Resp. Si actor obtinet, tunc dubium non eſt, autorem ſumtus litis ferre debere; at ſi actor non obtinet, non ſumtibus autoris, ſed emtoris fit defenſio; (1) quia injuria, quæ fit emtori, (ut in hoc caſu, dum calumnioſe ei lis movetur), venditorem non debet contingere, *l.* 51. *in f. pr. ff. de Evict.* (2) Propter *l.* 13. *in f. C. eod.* ubi dicitur, quod ſi pro emtore pronunciatum ſit, ille regreſſum ad venditorem non habeat. Accedit (3) quod venditor præſtiterit emtori *habere licere*, calumnia autem illa caſus eſt, qui nocet domino. Neque (4) damnum eſt emtoris, quia ratione expenſarum ſemper actionem habet contra calumniatorem. (5) Propter *l.* 38. *pr. de V. O.* ubi dicitur, ſtipulationem illam: *habere licere*, tantum de meo facto intelligi, nimirum id promitto, ne ipſe, vel hæres meus faciat, quo minus habere liceat: Si vero per injuriam lis movetur emtori, tunc non per me ſtat, ſed per calumniam tertii actoris. *Laut. pag.* 415. verb. *& ſe defendat &c.*

Conf. *Struv. th.* 18. *h.* Aliud tamen videtur dicendum, ſi tertius non per calumniam actionem inſtituerit, ſed probabilem litigandi cauſam habuerit, expenſæ forte compenſatæ ſint, in ſententia, tunc enim æquitati magis conſonum videtur, autorem, qui, ſi rem retinuiſſet, ſumtus litis ferre debuiſſet, expenſas has præſtare debere.

Qv. XIII. *An denunciatio autori fieri poſſit, lite jam conteſtata?*

Affirm. Modo defenſio adhuc ſit integra, nec res ſit prope condemnationem, *l.* 29. *§. f. h.* *Diſſent. Laut. pag.* 416. verb. *fieri poteſt &c.*

Idque verum eſt in omnibus negotiis *bonae fidei*, quia ſtatim ab initio in judicium deductum videtur, quicquid æquum & bonum eſt; at aliud eſt in negotiis *ſtricti juris*; ibi enim ſtatim ab initio adcitatio fieri debet, quia in his negotiis poſt litem conteſtatam nihil addi poteſt officio judicis.

Atque hinc apparet, cur in legatis prius, quam judicium accipitur, denunciatio fieri debeat hæredi, *l.* 29. §. 3. *de Leg.* 3. quia ſcil. eſt negotium ſtricti juris. Conf. *Struv. Ex.* 27. *th.* 28. *ibique Evol.* Non ergo ſpeciale eſt in ſolis legatis, uti *Lauterbachius* putat, nec cauſa ſpecialitatis, quæ a *Gothofr. ad d. l.* affertur, nimirum quod ſit cauſa lucrativa, ulla ratione probatur.

Qv. XIV. *Quid juris ſit, re incorporali evicta?*

Laut. pag. 415. verb. *incorporales &c.*

RESP. *Jure* ipſo vendito, ſemper de evictione agitur: nam id omnino præſtari debet. *Re*, in qua jus eſt, vendita, non agitur, niſi jure illo evicto, *L.* 43. *L.* 46. *L.* 49. *h. Servitute* evicta, non item, *l.* 1. *de act. emt.* Niſi optimum maximum dixerit, *l. p. h. Haereditate* vendita, non tenetur de ſingulis, *l.* 5. *h.* Sed *grege* vendito, tenetur, *l.* 72. *h.* etſi unum pretium conſtitutum ſit, *d. l.* 34. *de Aedil. edict. L.* 35. §. 6. *de Contr. Emt.*

Qv. XV. *Si emtor actionis ignoret, debitum eſſe inidoneum, an venditor idoneum praeſtare debeat?*

Laut. pag. 415. verb. *non etiam idonea.*

NEGATUR: *L.* 4. *ff. de Haer. vend.* quia actiones conſiſtunt in jure agendi, non in jure agendi cum effectu: jus perſequendi venditum eſt, non res, *l.* 14. *§. f. ff. de Evict.* ſibi enim imputare emtor debet, quod non diligentius inquiſiverit. *Struv. th.* 23. *h.*

EXC. Niſi dolo celaverit venditor, vel aliter pactum ſit, *l.* 22. §. 2. *Sol. Matr. d. l.* 74.

OBJ. *L.* 41. *§.* 3. *de Jur. dot.* ubi marito, cui nomen inidoneum in dotem datum eſt, tunc demum id imputatur, quando ſcivit, nomen inidoneum eſſe, non, quando ignorat.

RESP. Periculum dotis regulariter eſt mulieris; periculum enim eſt effectus dominii naturalis, quod penes uxorem manet. Hinc ergo tum demum eſt periculum mariti, quando ipſe ſciens debiti qualitatem illud recipit. Conf. *l.* 49. *h. Struv. d. th.* 23. *ibique Evol.*

OBJ.

Obj. *L.* 33. *C. de Transact.* ubi transactionis nomine tradito fundo vel alieno, vel obligato; is, qui accepit fundum; potest agere præscriptis verbis.

Resp. Ibi res aliena vendita fuit, non nomen proprium.

Obj. *L.* 6. *de Dolo mal.* ubi actio nulla dicitur, quæ inanis est, & inidonea propter inopiam debitoris: ergo cessa tali actione, nulla cessa videtur.

Resp. Nulla est actio quoad effectum, non vero quoad potestatem agendi. *Goth. ad. d. L.* 6.

Obj. Quod venditor, rem vitiosam vendens, possit conveniri, cur non etiam ille, qui actionem vitiosam, seu inidoneam vendit?

Resp. Actio inidonea non est vitiosa, sed vera, *d. L.* 74.

Qv. XVI. *An, parte rei venditae evicta, venditor praestare debeat evictionem ratione totius?*

Resp. Distinguendum esse, *an* læsus agat actione ex ipso contractu, v. g. emtionis, locationis &c. *an* vero agat actione ex stipulatu. *Laut. pag.* 415. *verb. ut res sit evicta.*

Illo *casu* venditor præstat totius rei evictionem, sive partes rei sint homogeneæ, sive heterogeneæ, de quo casu loquitur *L.* 70. *ff. de Evict.* & *L.* 23. *§.* 1. *de Usuc.* actiones enim ex illis contractibus sunt bonæ fidei, unde agitur ad omne id, quod æquum & bonum est; æquum autem & bonum est, servari pactum adjectum; & huc quoque pertinet. *L.* 1. *ff. de Evict.* ibi: *aestimabitur*, & *L.* 46. *pr. eod.* ibi: *aequum*, & *L.* 49. *eod.*

Hoc *casu* læsus non agit ad evictionem, quia in actione stipulati nihil debetur, nisi quod verbis est expressum, *L.* 99. *de V. O.* atque id expressis verbis ita traditur in *L.* 34. §. 1. *de Evict.* ratioque additur in *L.* 43. *eod.* Eaque sententia confirmatur ex *L.* 64. *pr. & sq. h. L.* 66. *de Contr. emt &c.*

Exceptio est in casu, si partes sint homogeneæ, unumque cum re nomen habeant: tunc enim læsus non petit rem diversam, sed eandem. Idque probatur (1) *arg. d. L.* 43. ubi venditor vaccæ, si exstipulatu conveniatur, ideo non tenetur præstare evictum vitulum, *quia nec ipsa vacca, nec ususfructus evincitur*, & mox: *cum constet, eadem hanc non recte usumfructum appellari.* Secus ergo erit, si res sint homogeneæ. (2) *Arg. L.* 56. §. 2. *de Evict.* ubi itidem dicitur, *non videri hominem evictum, si pars saltem est evicta,* quia scil. pars hominis aliud quid est, ac homo. (3) In *L.* 46. *pr. & L.* 49. *h.* em-

emtor, cui fundus eſt venditus, evicto uſufructu, adeoque parte rei, tenetur ratione totius fundi, quia voce *res* ejus uſus utilitas, adeoque & uſusfructus continetur, *L.* 66. *pr. de Contr. emt.* Idque porro & (4) confirmatur ex eadem *L.* 66. ubi aliud in ſervitutibus prædialibus ſtatuitur, neque, ea evicta, agitur ad evictionem; quia illa ratio, quæ in uſufructu fuit, hic ceſſat: nam ſervitutes prædiales non debentur, niſi ex pacto; inde pro eadem re haberi non poſſunt, adeoque nec per actionem ex ſtipulatu, utpote quæ eſt ſtricti juris, ad evictionem agi poteſt.

Quantopere varient in hac materia Doctores, videſis apud *Struv.* §. 21 *h. ibique Evol.*

LIB. XXI. TIT. III.

DE

EXCEPTIONE REI VENDITAE ET TRADITAE.

Qv. I. *Quaenam ſit ratio hujus Tituli?*

Hactenus vidimus actiones, quæ, re evicta, dantur contra autores: ſequuntur jam alia remedia, quæ impediunt evictionem, ſcil. *Exceptio doli*; ſi nimirum (α) ipſe venditor, vel (β) ejus hæres, *L.* 1. §. 1. *h.* (γ) vel ſucceſſor, *L. f.* §. *f. h.* (δ) vel mandans, *d. L.* 1. §. 2. (modo intra fines mandati. *d. L.* 1. §. 3.) vel fidejuſſores, *L.* 11. *C. de Evict.* (non eorum hæredes, *L. f. C. de Evict.*) poſtea domini fiant: hi omnes repelluntur exceptione doli; nam venditor ipſe contra factum venit, & reliqui cauſam venditoris ſequuntur.

Aliquando etiam *replicatione doli* ſubvenitur illis, qui rem alienam emerunt: ſi enim venditor rei alienæ poſtea dominus fiat, & vel ipſe poſſideat, vel alii vendat, non poteſt emtor, publiciana agens, repelli exceptione dominii; quia hæc exceptio replicatione rei venditæ & traditæ ſubmovetur, *L. p. h. L.* 4. §. 32. *de Dol. mal. exc.*

Qv. II. *An is, qui re ſua à tertio alienata, pro ea intercedit, rem illam alienatam evincere poſſit?*

Caſus hic eſto: *Primus* vendit *ſecundo* rem *tertii*, eique dat fidejuſſorem hunc *tertium*, qui ſimul eſt dominus rei: quæritur, an *tertius* poſſit vin-

vindicare rem ſuam a *ſecundo*? & negatur: quia ipſe conſenſit alienationi, indeque ſubmovebitur exceptione doli; quia contra proprium factum veniret, *L.* 11. *C. de Evict.*

Aliud vero eſt in hærede hujus fidejuſſoris: hic enim ex ſua perſona dominium vindicare non impeditur, neque factum defuncti ei hactenus obſtat; quia non ex jure defuncti, ſed ex ſua perſona vindicat, per text. expr. in *L. f. C. h. t.* indeque non poteſt repelli exceptione doli.

Ratio igitur differentiæ hæc eſt: quod *fidejuſſor* conſenſerit alienationi, indeque dolo faceret, ſi contra proprium factum venire *&* rem alienatam vindicare vellet, merito ergo exceptione doli ſubmovebitur, *d. l.* 11. Aliud eſt in *fidejuſſoris haerede*, qui nunquam conſenſit alienationi, indeque ſi ex ſua perſona vindicat, non poteſt dici dolo agere, non enim contra proprium factum venit; neque factum defuncti hæredi obſtat; quia dolus perſonæ fidejuſſoris cohæret, nec ad perſonam hæredis, utpote qui nunquam conſentit emtioni, tranſire poteſt. Atque hoc clare traditur in *l.* 4. §. 33. *de Exc. dol. mal.* ibi: *exceptio doli perſonam complectitur ejus, qui dolo fecit.* Add. *l.* 2. §. 2. *eod.*

Obj. Quod emtor habeat actionem ex ſtipulatu contra fidejuſſorem, ejusque hæredem, *d. L. f.* ibi: *evictionis cauſa actione durante,* adeoque & exceptionem; ei enim, cui datur actio, multo magis datur exceptio. Conf. *L.* 17. *ff. h.*

Resp. Verum eſt, quod emtor actionem ex ſtipulatu etiam contra hæredem fidejuſſoris habeat, ſed non exceptionem doli, cujus rei rationem antea allegavi. Atque hinc hæres fidejuſſoris prius vindicare rem alienatam poteſt, quo facto ipſe actione ex ſtipulatu tanquam fidejuſſoris hæres conveniri poterit. *d. L. f.*

Obj. Quod eadem ſit ratio in fidejuſſore, ejusque hærede; quia per confuſionem una perſona fiunt, indeque illæ exceptiones, quæ fidejuſſori obſtant, etiam ejus hæredi obſtare videntur.

Resp. Immo hæc exceptio doli non tranſit ad hæredem fidejuſſoris, nam fidejuſſor quidem ex pacto ſuo contra ſe ipſum tenetur, at hæres nunquam tale pactum iniit, indeque exceptio pacti, indeque venientis doli, ei opponi nequit.

Conf. *Struv.* §. 27. *h. ibique Evol.* ubi aliam rationem differentiæ, inter fidejuſſorem & hæredem tradit.

LIB. XXII. TIT. I.

DE USURIS ET FRUCTIBUS, ET CAUSIS, ET OMNIBUS ACCESSIONIBUS ET MORA.

Qv. I. *An usurae Jure Naturae sint permissae?*

Laut. pag. 417. verb. *Jus naturale eas permittit, &c.*

AFFIRMATUR. Nam domino usus pecuniæ suæ, ut aliarum rerum, indubie competit, nec alius de ea disponere vel usum ejus domino præripere potest. Itaque si quis utitur aliena pecunia, perinde tenetur usum vel æstimationem usus domino restituere, ac usum seu fructum prædii alieni, si eo usus fuisset; nam utrobique utitur re, quæ ejus non est, adeoque ubi plus suo habet. Fallit ergo ratio, ab Autore allegata, quod ideo Jure Naturæ permissæ sint usuræ, quia observat in contractibus proportionem arithmeticam: nescio enim, quid sibi velit hæc ratio. Plenius hanc quæstionem discussit Dn. Rikers, in disputatione sub præsidio Dn. Parentis habita *de Anatocismo*, §. 8. *seq. verba ejus haec sint*: Non minor contentio est, an Jure Naturali usuræ sint licitæ? Id quod nonnulli Philosophorum & Politicorum negasse videntur. Sic *Plato lib.* 5. *de legibus*, inquit: *Nullus det pecuniam sub fœnore, alioquin neque licebit usuram, neque sortem repetere. Cicero lib.* 2. *de off. in fin.* dicit: *Foenerari esse nihil aliud, quam hominem occidere.* Agis, Athenienſium Dux, adeo exosum habuit fœnus, ut omnium fœneratorum tabulas, igne supposito, in foro cremaverit, quo igne nullum clarius lumen se vidisse dixit Agesilaus. At, spretis his omnibus, usuras Jure Naturali licitas esse, asserimus, vel hac unica ratione, sed certissima, quod domino usus pecuniæ suæ, uti aliarum rerum suarum, natura competat, non alii. Itaque si quis utitur aliena pecunia, perinde tenetur usum vel æstimationem usus domino restituere, ac usum seu fructus prædii alieni, si eo usus fuisset. Atque usura nihil aliud significat, quam æstimationem usus, idemque est in mutuo similibusque negotiis, quod merces in locatione, & adeo non minus licita, ac ipsa merces locationis.

Et licet forte debitor non perceperit usuras ex pecunia ista, tamen non minus tenetur, ac is, qui prædio alieno usus est, & sua negligentia fructus, quos potuit, non collegit, quia id domino, qui usum illum percipere potuisset, non obest. Quin ex pecunia, ejusque locatione & commercio, non minus utilitas quæri potest, quam ex ædibus, earumque locatione, utrumque enim est res natura sterilis, *L.* 62. *pr. ff. de Rei vind.* & utrobi-

que

que usus rei locatur. Unde, *Horat.* nummos, fœnori acceptos, dixit conductos. *Hor. lib.* 1. *sat.* 2. *in pr.* Atque ita sentiunt *Hagen. de usur. c.* 3. *Cloppenburg. de foenor. c.* 5. *&* 6. *Hahn. ud Wesenb. ff. de Usur.*

Nec movent, quos allegavimus, Philosophi, quippe qui non de justo foenoris usu, sed de ejus abusu & excessu, non de eo, quod intrinsecum iis est, sed quod accidere eis vitio hominum solet, tractant. Conf. *Grot. lib.* 2. *c.* 2. *n.* 10.

Sic & facile est, destruere arcem adversæ sententiæ Aristotelis *lib.* 1. *polit. c.* 6. *&* 7. ideo fœnus cum natura committentis, quia pecunia sit suapte natura sterilis. Nam & domos, & res alias natura infœcundas esse, constat, quas tamen hominum industria fructuosas fecit. Itaque etsi ex pecunia fructus natura non oriatur; *l.* 62. *ff. de Rei vind.* opera tamen commercioque hominum produci inde fructus possunt, *l.* 3. *ff. de us. ear. rer. l.* 15. *ff. de al. leg.*

Nec magis movet, quod idem Aristoteles ait, usuras contra naturam nummi esse, qui constitutus est ad permutandum, non vero ad fœnerandum, *l.* 1. *ff. de Contrah. emt.* Nam uti ipse nummus, ita omnis illius usus ab instituto hominum & Gentium, non vero a natura est, & in eo consistit, ut possint eo uti, non ut teneantur, neque decretorium id Gentium jus est, sed (ut ita loqui liceat) permissorium. Quin nec restrictus est ille usus Jure Gentium ad permutationes, sed domino jus integrum, uti aliis rebus suis, ita & nummis, prout lubet, utendi: sic usus naturalis vini est, ut bibatur, frumenti, ut edatur, utrumque tamen & vendi & permutari potest.

Porro opponitur, creditorem lucrum captare ex re aliena: sed contra, quod nobis ab alio debetur, non est æs alienum, sed nostrum, *L.* 23. §. 1. *ff. de verb. sign.*

In omnium quoque ore est, mutuum esse gratuitum, & officio contrariam mercedem, *l.* 1. *ff. mand.* Sed

Resp. Mutuum gratuitum dicitur, quia ex vi negotii mutua præstatio non est, uti est in emtione. At pacto vel lege fieri potest, ut pro mutuo aliquid præstetur, nam & commodatum rei gratuitum est, potest tamen & pro usu ejus merces promitti & conductio fieri.

Deni-

Denique arguunt ab æquitate, quod quia pecuniæ periculum accipientis eſt, etiam ejus commodum eſſe debeat.

Resp. Hoc natura verum aut neceſſarium non eſt, niſi in re propria; ſed videtur in eo aliquid æquitatis eſſe, & ideo lex civilis aliquando jus inde ita conſtituere ſolet. De reliquis dubiis, quæ adhuc moveri ſolent, videri poteſt *Hagen. tract. de Uſur. & Hahn. ad Weſ. h. t.*

Qv. II. *Cur in legatis & fideicommiſſis veniant uſurae ex mora, cum tamen actio, qua legata &c. petuntur, ſit ſtricti juris?*

Laut. pag. 418. verb. *Quibus propter favorem &c.*

Resp. Hoc non procedit ex aliquo favore ultimæ voluntatis, uti putant Dd. ſed ex eo, quod legata ipſo jure ad legatarios tranſeant, eoque hæredes rem alienam teneant, quam cum uſuris reſtituere tenentur, & hactenus actio hæc erit bonæ fidei, *l.* 34. *ff. de Uſur.* Nam toties actiones dicuntur eſſe bonæ fidei, quoties quis rem alienam tenet, quam alter ſibi reſtitui petit. *Vid. tit. Obl. & Act. q.* 13.

Qv. III. *An uſurae ex mora debeantur in negotiis ſtricti juris poſt litem conteſtatam?*

Laut pag. 418. verb. *etiam poſt. lit. cont.*

Affirm. (1) Per textum expreſſum in *l.* 35. *ff. de Uſur.* ubi uſuræ currunt lite conteſtata; (2) per *l.* 38. §. 7. *Cod. l.* 8. *de re jud.* ubi poſt litem conteſtatam etiam fructus ex ſtipulatu debentur. Uſuræ vero obtinent vicem fructuum. *L.* 34. *ff. Uſur.* Accedit (3) quod etiam in ſtricti juris judiciis actori cauſa præſtanda ſit in eum diem, quo ſententia dicitur. *L.* 3. §. 1. *ff. Uſur.* Ad cauſam vero pertinet omnis utilitas, *Goth. ibid.* & inprimis Uſuræ. *L.* 56. §. 2. *fidejuſſ. L.* 54. *pr. loc. cond. L.* 5. *C. pact. int. emt. & vend.* Atque ita (4) communiter Dd. tenent. *Cothm. Reſp.* 52. *n.* 260. *ſq. Mindan. de Mand. L.* 2. *c.* 73. *n.* 31. *Zang. de Exc. p.* 3. *c.* 40. *n.* 35. *et* 40. *Berl. dec.* 30. *n.* 3. *Richt. dec.* 74. *n.* 93. & 97. *Finckelth. Obſ.* 40. *n.* 8. *Philip. dec. Elect. Sax.* 29. *O.* 1. *n.* 13. & 14. Ac pro hac ſententia (5) in Curia Halberſtadienſi in contradictorio judicatum eſt in cauſa **Hüncken** c. **Veltheim** 17. Dec. 1696. & 1. Sept. 1698.

Hæc ſententia indubie vera eſt (1) Si mora litis ex debitoris culpa ſit; *Mev. p.* 7. *dec.* 4. atque ita judicatum in cauſa **des Hannenbergiſchen Teſtaments** c. **Bühman** 28. Febr. 1695. & 30. Maj. eod. ann.

(2) Si

(2) Si pro caufa fors debetur. *Mev. p.* 7. *dec.* 136. atque ita in *eadem caufa judicatum eft.*

Obst. (1) Quod in judicia ftricti juris nihil veniat, quam quod verbis obligationis expreffum eft. De Ufuris autem ex mora, nihil in obligatione dictum eft.

Resp. Verum eft ufuras a tempore obligationis peti non poffe, neque illas in judicium venire, licet debitor in mora fit, quia ufuræ ftipulatæ non funt, *L.* 3. *Cod. Ufur. L.* 1. *C. Cond. ind.* at a tempore litis conteftatæ omnis utilitas actori etiam in ftricti juris negotiis præftari debet, *l.* 3. §. *ff. Ufur.* Unde & fructus peti poffunt, *l.* 38. §. 7. *Eod.* & expenfæ &c. adeoque & ufuræ poft litem conteftatam, *d. l.* 35. Sane fumma iniquitas foret, fi debitor poft litem conteftatam ex mora fua lucrum captare, creditoremque fuum tergiverfando ufuris privare poffet: Neque dici poteft feparata actione quod intereft eas peti debere, nam hoc verum eft de ufuris ante judicium cœptum debitis, ubi alia actio non eft; at non de ufuris, quæ poft litem conteftatam deberi incipiunt, hæ enim ad *caufam* pertinent, quæ etiam in ftricti juris judicis creditori præftari debet, ad eum usque diem quo fententia fertur, *l.* 3. §. 1. *Ufur.*

Obj. (2) In *d. l.* 35. *Ufur.* non quæri, in quibus caufis currant ufuræ, & an in caufis ftricti juris quoque? id enim in aliis textibus negari: Sed hoc faltem quæri, ex quo tempore ufuræ debitæ (non autem effe debitas nifi in negotiis bonæ fidei) currere incipiant, & recte dici ex tempore litis conteftatæ, feu quod idem eft moræ, quia cum effectu demum ex tempore litis conteftatæ mora incipit.

Resp. Immo quæritur ibi in fpecie de negotiis ftricti juris, quia dicitur *lite conteftata currere Ufuras*, at in negotiis bonæ fidei currunt ex mora etiam ante litem conteftatam: Ajunt diffentientes *currere* hic idem effe quod *pergunt currere*; at violenta eft admodum hæc explicatio, quæ & verbis legis & rationi juris repugnat, verba legis clara funt, *lite conteftata currere Ufuras*, ratio quoque juris clara eft, quia poft litem conteftatam omnis utilitas actori præftari debet, *d. l.* 3. §. 1. Sed & falfum eft moram demum incipere cum effectu lite conteftata.

Instant (3) rationem noftram fecundam fallere: Ufuras enim & fructus non in omnibus convenire; in primis autem in eo differre, quod ufuræ non contineantur fub caufa: *fructus* enim partem rei effe, & re contineri, &

ideo ad caufam, quæ petitur, pertinere; *d. l.* 38. §. 7. ibi: *ut caufa reftituatur*, indeque fructus femper poft litem conteftatam cum re, cui infunt, præftari debere. *Ufuras* autem non ineffe rei, nec fub pecunia contineri, fed ex conventione & lege demum deberi, *l.* 121. *V. S.* iisque ceffantibus ceffare quoque ufuras.

Resp. Falfum eft ad caufam tantum pertinere quod pars rei eft, & re continetur, fed caufa continet omnem utilitatem, *l.* 3. §. 1. *Ufur. ibique Goth.* adeoque Ufuras quoque per textum expreffum in *L.* 54. *pr. Locat.* Sed & expenfæ in ftricti juris judiciis peti poffunt, quæ tamen nec pars rei funt, nec re continentur.

Diffentiunt Laut. *h. p.* 418. *ibique Dd.* Struv. *Exerc.* 27. *th.* 45. Wiffenb. *D.* 42. §. 9. Dn. Berger *h. q.* 1.

Qv. IV. *Quando ufurae praeftentur ex fingulari aequitate citra moram?*

Laut. pag. 418. verb. *vel ex alia fingulari.*

Resp. Quando quis utitur re noftra, tunc viciffim præftat ufuras, ut fi procurator meus meam pecuniam fœnori locavit, indeque ufuras confequutus eft, vel alio modo eam in fuos ufus convertit, *L.* 10. *§.* 3. *Mand.* Sic fi procurator exegit fortem a debitore fuo, (ex qua forte ufuras uberrimas confequebatur), eamque mandantis creditori folvit, eaque folutione mandantem liberavit, procurator ufuras mandati judicio confequitur, etiamfi mandans ipfe in folvendo moram non admiferit. *L.* 12. §. 9. *Mand. ibique Goth.* Ita emtor re fibi tradita ftatim ad ufuras pretii nondum foluti tenetur, etfi emtor non fit in mora folvendi, *l.* 5. *C. de Act. Emt.* quin etfi venditor de evictione cavere nolit, vel emtor nullos fructus ex re perceperit, *L.* 13. §. 20. *ff. de Act. Emt.* Cujus rei rationem late explicavi fupr. *Lib.* 19. *tit.* 1. *q.* 16. 17. & 18.

Qv. V. *An ufurae ejusdem generis debeant effe cum forte?*

Laut. pag. 418. verb. *ratione qualitatis &c.*

Resp. Regulariter in pecunia numerata præftari ufuræ debent, quia hæc fola & certiffima eft rerum æftimatio.

Exc. Si res, mutuo data, in quantitate confiftat, de qua agit *L.* 23. *C. h.* nam æftimatio frumenti variare poteft, non vero quantitas, indeque hoc

hoc casu certior est æstimatio ejusdem generis. *Vid. Laut. h. Struv. Ex.* 27. §. 48. *Conf. Auth. ad haec & l. sq. C. Eod. ibique Goth.*

Qv. VI. *An usurae in eadem bonitate solvi debeant, quae in sorte est?*

Affirmat *Richterus p. 2. dec. 72. Carpz. p. 2. c. 28. def.* 14. Negat *Faber. C. L. 8. tit. 29. def.* 45. At prior sententia & juri & rationi convenientior est, quia usuræ nihil aliud sunt quam æstimatio sortis: Sed & sunt sortis accessio indeque eodem jure censentur: Unde si thaleri, quos in specie vocant, in obligatione nominantur, etiam usuræ in eadem specie solvi debent. Atque ita in Curia Halberstadiensi judicatum in causa Reuschenberg, c. Levin Meyer d. 1. Apr. 1710. & in causa Borch, sive Hünecken, contra Veltheim d. 17. Dec. 1696. Item in causa Mörner, c. Heinen Erben in puncto debiti 555. thlr. Spec. d. 23. Febr. 1695. *ibid.*

Qv. VII. *Si usurae, quae singulis annis solutae sunt, superant sortem, an imputantur sorti?*

Negatur, sed tunc in infinitum, & sic ultra alterum tantum currunt; (1) quia ratio illa cessat in solutis; illæ enim desinunt esse, uti usuræ, ita & accessio. Sane cum tempore ex ove potest plus lactis vel lanæ percipi, quam est quantitas ovis. (2) Debitor, qui solvit usuras, consensuque creditoris sortem ulterius retinet, singulis annis quasi de novo contrahit, prioremque contractum renovat. (3) Textus expressus est in *L.* 10. *C. de Usur.* ibi: *Usurae, per tempora solutae, non proficiunt reo ad dupli computationem &c.* atque hanc sententiam (4) defendit Camera Imperialis apud *Blum. Chiliad. sent. Cam. n.* 455. *Roding. Pand. Cam. L.* 1. *tit.* 20. *Mind. de Mand. jud. L.* 2. *c.* 21. *n.* 5. *& c.* 73. *n.* 21. In dubio vero jure, dubiave praxi tutius est, sequi opinionem Cameræ. Vid. præjudicium Curiæ Halberstadiensis in causa Stammern, contra Hagern, d. 29. Maj. 1673. & *Carpz. L.* 4. *Resp.* 37. *n.* 11. *Graev. in praefat. Conclusionum.* (5) Electores Saxoniæ & Brandenburgi ita deciderunt, ille *Decis. Elect.* 29. hic *Recess. March. de an.* 1653. §. Zum drey und dreyßigsten. (6) Atque ita Dd. communiter tenent. De Cameralibus jam ante dixi. Conf. *Stryk. Caut. Contr. S.* 2. *c.* 1. *§.* 28. *Brunn. ad L.* 10 *C. de Usur.* ubi tamen hodie aliud obtinere contendit, *n.* 4. *Richt. dec.* 74. *n.* 90. ubi, ita Lipsienses, Wittenbergenses & Francofurtenses respondisse, ait, *Finckelth. O.* 40. *n.* 14. *& responsa n.* 19. *seq.* Quicquid dissentiant *Laut. tit. de Usur. pag.* 419. *ibique Dd.* & de hodiernis moribus *Brunn. d. l. Tab. de Alt. tant. p.* 11.

Laut. pag. 419. *verb. licet singulis &c.*

 At-

Atque pro hac opinione (7) in Curia Halberſtadienſi judicatum in cauſa des Kannenbergiſchen Teſtaments Procuratoris, contra Baumeiſteramt, d. 28. Febr. 1695. Deutſche Erben contra Cloſter Burchardi, d. 5. Jun. 1704. Ita tres conformes ſententiæ exſtant in cauſa Hüneken, contra Veltheim inprimis in ſent. de An. 1698. Menſ. Octobr. Sed. & duæ ſententiæ in contradictorio prolatæ in cauſa Stammers contra Hagen, d. 16. Dec. 1664. & d. 29. Maj. 1673. item in cauſa Aſſenburg, contra Bornſtedt, d. 24. Jun. 1653. Ut proinde praxis hujus Curiæ accurate conveniat cum Jure civili.

Neque Obstat (1) *L.* 27. *§.* 1. *C. de Uſur.* ubi curſus uſurarum ultra duplum minime conceditur.

Resp. Regula ibi ponitur, exceptio habetur in *L.* 10. *C. de Uſur.* ſi ſolutæ jam ſint.

Obj. (2) *L.* 29. *&* 30. *C. eod.* ubi diſerte dicitur, nec ſolutas ultra alterum tantum currere.

Resp. Suſpectæ ſunt hæ Leges, tum, quia in quibusdam Codicibus plane non exſtant, tum, quia ab Irnerio privata autoritate inſertas eſſe, omnes fatentur, *Struv. Evol. ad tit. de Uſur. th.* 52.

Obj. (3) *Nov.* 121. *c.* 1. *&* 2. *item Nov.* 138. ubi Juſtinianus abrogat Jus Civile, & vult, ut particulares uſurarum ſolutiones etiam diſſolvant debita, ſi usque ad duplum pertingant.

Resp. Has Novellas nunquam uſu receptas eſſe, *Richt. dec.* 94. *n.* 90 *Graenw. ad d. Nov.* 121.

Diſſentiunt *Mindan. proc. c.* 73. *membr. ult. Surd. Conſ.* 302. *&* 342. *n.* 2. *Cothm. V.* 2. *Conſ.* 22. & allegati apud *Finckelth. & Richt. dd. ll.* Eaque eſt ſententia Erfurtenſium in cauſa Borg, contra Veltheim, d. 23. Jan 1696. quam Jenenſes confirmarunt d. 17. Dec. 1696. at utraque in Oberleuterationis inſtantia reformata eſt a Roſtochienſibus d. 1. Sept. 1698.

Qu. VIII. *Si uſurae petuntur tanquam intereſſe, an ſuperare ſortem poſſint?*

Laut. pag. 419. *verb. ſi uſurae petantur.*

Affirmat *Lauterb. h.* Nam tunc petit, quod ſibi abeſt. Secus vero eſt, ſi creditor uſurarum uſuras per modum intereſſe petat, nam tunc peteret acceſſionis acceſſionem, intereſſe enim hic eſt acceſſio rei, quæ ratio ceſſat in priori caſu, ubi intereſſe non petitur intuitu uſurarum,

rum, ſed pecuniæ principalis. *Vid. Dn. Coccej. Diſp. de Anatoc. Sect.* 4. §. 5. *Carpz. part.* 2. *conſt.* 30. *def.* 29. *& Lib.* 4. *Reſp.* 50. *n.* 7. *& de Aſyl. debit. c* 1. *poſ.* 24. propter *l.* 2. §. 8. *ff. de Eo, quod cert. loc. dar. oport.* Diſſent. *Brunn. ad L. un. C. de Sent. quae pro eo, quod intereſt, profer. Tabor. de Alt. tant. part.* 2. *art.* 5. §. 8. *& part.* 3. *art.* 13. §. 7.

Qv. IX. *An uſurae ultra alterum tantum debeantur, ſi debitor ſit moroſus?*

NEGATUR: Nam (1) tota prohibitio fruſtranea eſſet, qui ſemper ſupponitur mora ſolvendi: ſi enim ſolvit, non opus eſt uſuris; (2) quia uſuræ uſurarum non valent in moroſo debitore, per *L.* 28. *C. de Uſur.* ut omnes fatentur; ergo nec ultra alterum tantum, quia utriusque eadem ratio eſt, *L.* 26. §. 1. *de Cond. ind.* (3) per *L.* 27. §. 1. *C. h. t.* *Diſſentit Laut. pag.* 419. verb. *ſi debitor ſit &c.*

OBJ. *L. f. pr. C. de Uſur. rei jud.*

RESP. Ibi agitur de uſuris rei judicatæ, nam ſi uſuræ ex judicato debentur, harum uſuræ peti poſſunt, quia illæ inſtar ſortis ſunt, unde lege quaſi ex nova cauſa uſuræ debentur. *Brunn. ad L.* 27. *in f. C. h. Berl. dec.* 30. *n.* 9. *Mev. p.* 7. *dec.* 4.

OBJ. Ita doloſe poſſet reus litem protrahere, quia ſcil. ultra alterum tantum non currunt uſuræ.

RESP. De dolo poteſt ſemper conveniri, ſi malitioſe litem protrahat, ſed non ex nuda mora: indeque eum caſum excipiunt Dd. *Richt. dec.* 74. *n.* 39. *Mev. p.* 7. *dec.* 4.

Qv. X. *An uſurae uſurarum, in ſortem redactarum, licitae ſint?*

NEGATUR: Nam nullo modo uſuræ uſurarum licitæ ſunt, *L.* 28. *C. h.* *Laut. pag.* 419. verb. *ſive ob uſuras &c.*

OBJ. *L.* 11. *h. L.* 12. *L.* 23. *C. L.* 51. *de Haered. pet. L.* 60. *Pro ſoc.*

RESP. In his textibus non uſuræ, quæ ſunt acceſſio, ſed ipſa ſors, adeoque res principalis data eſt, cujus uſuræ omnino debentur.

Conf. *Dn. Berger. h. q.* 2. *& Laut. p. h.* 419. *ibique Dd.*

Qv. XI. *Quando desinant usurae, consequenter quando usurarum usurae peti possunt?*

Laut. pag. 419. verb. *Non etiam sunt.*

Doctores in genere pro regula & norma statuunt: *Mutata persona, desinere esse usuras, non mutata, manere, Laut. p.* 419. Sed erronea illa videtur Dn. Parenti in *Disp. de Anatoc. Sect.* 2. *§.* 1. *&* 2. quia non hic agitur de mutatione, quæ fit in persona, sed quæ fit in usura, nec quæstio est, an persona debitoris, vel creditoris in aliam, sed an usura in sortem mutata sit: nec, mutata persona, sequitur mutatio usuræ, quia alter idem debitum cum usura debere potest. Aliud enim est debitum ipsum, aliud persona, quæ debet, vel cui debetur; non ergo mutatur debitum, vel ejus qualitas, si alius idem debeat, idem est debitum, sed alia persona id debet: quin accidere potest, ut, non mutata persona, tamen usura mutetur, ut in *L.* 58. §. *f. ff. de Adm. tut.* &, mutata persona, usura maneat, *L.* 22. *C. de Pign.* Denique usuræ non desinunt, nisi per veram solutionem, vel talem modum, qui est instar solutionis, nullibi autem dicitur, solam mutationem personæ esse verum tollendæ obligationis modum. Ex alio ergo fonte definiendum est, quandonam ipsum debitum, ipsaque usura mutetur. Id vero fit

I. SOLUTIONE; nam per hanc res transit in dominium creditoris, eoque desinit esse usura, perinde, uti merces esse desinit, quæ soluta est, *dict. Disp. Sect.* 2. *§.* 3. Hæ igitur usuræ solutæ, statim iterum fœnori dari possunt, neque tunc erunt usuræ usurarum; illa enim pecunia, per solutionem pleno jure facta est creditoris, qui proinde eam vel retinere, vel alii, etiam ipsi debitori, mutuam dare potest, *d. Disp. Sect.* 2. §. 4.

Obj. Quod per solutionem desinant deberi, sed non esse usuræ.

Resp. Immo usuræ esse desinunt, eodem modo uti merces, quæ ex locatione pro usu rei debetur, esse desinit per solutionem: *dict. Sect.* 2. §. 3.

II. MUTATA CAUSA DEBITI IN ALIUD DEBITUM, QUOD TOTUM SORS EST. Ita enim ipsum debitum, ejusque qualitas mutatur, cum aliud omnino debitum sit, quod ex alia causa debetur, *L.* 14. *pr. de Exc. rei jud.* & sic totum, quod ex nova causa debetur, sors est. Exempla sunt (1) in procuratore, qui, exactum debitum cum usuris non restituens, debet usuras totius summæ, quam exegit *L.* 10. *§.* 3. *Mand.* (2) In tutore, pecuniam pupilli cum usuris exigente, ac in usus suos convertente, *L.* 7. §. 11. *L.* 28. §. 1. *& §. f. ff. de Adm. tut.* (3) Si procurator solvit

no.

nomine domini ſortem & uſuras, totius hujus ſummæ uſuras exigit: Idem eſt in fidejuſſore, qui pro reo ex cauſa mutui ſortem cum uſuris ſolvit; hic enim earum quoque uſuras petere poteſt, quia tota illa ſumma ſors eſt. *Vid. dict. Diſp. Sect.* 2. §. 6. 7. 8. 9.

Non vero III. mutatur cauſa debiti SOLO PARTIUM CONSENSU; quia non dependet ex arbitrio privatorum uſura, an ſors ſit: harum enim natura & forma legibus eſt conſtituta, quam partes intervertere non poſſunt, *arg. L.* 28. *C. de Uſur.*

Diſſentit Berl. dec. 268. *n.* 8. & alii per *L.* 58. *§.* 1. *de Adm. tut,* ſed jam antea dictum eſt, in ejus ſpecie non ſolam perſonam, ſed debiti quoque cauſam mutari. *Vid. dict. Diſp. Sect.* 2. *§.* 10. 11. 12.

Neque IV. SI PER CESSIONEM MUTATA EST PERSONA CREDITORIS: nam demonſtravit Dn. Par. *in dict. Diſp. Sect.* 2. §. 13. non mutari cauſam debiti (1) ſola perſonæ mutatione; neque (2) pacto; inprimis cum (3) ceſſionarii & cedentis idem prorſus debitum ſit; nec (4) aliud quicquam ceſſionarius petere poſſit, quam quod ipſi ceſſum eſt, ceſſæ autem uſuræ ſunt, non ſors; Nec (5) cedens plus juris in alium transferre poteſt, quam ipſe habet, transferret vero plus ſortis, ſi uſuras quoque in ſortem cederet; Immo (6) non mutatur perſona creditoris, non magis, quam per procuratorem, ceſſionarius vero eſt procurator cedentis; & alias (7) his caſibus aliorum facto alterius, ſcil. debitoris, conditio durior ac gravior fieret, contra *L.* 47. *de Reg. Jur,*

Nec V. deſinunt eſſe uſurarum uſuræ MUTATA PERSONA DEBITORIS. Idque (1) ex omnibus ante allegatis rationibus. Quibus (2) accedit, quod illa mutatio perſonæ fieret per novationem, delegationem vel conſtitutum, his omnibus caſibus alius debitor conſtituitur: at *novatione & delegatione* certum eſt, non deſinere eſſe uſurarum uſuras, *Struv. h. th.* 50. *Laut. h. pag.* 419. *L.* 28. *C. de Uſur. L.* 3. *Cod. de Uſur. rei judic. Conſtituens* in plus teneri non poteſt, quam ipſe reus principalis, *L.* 1. §. 7. *L.* 3. *§.* 1. *L.* 11. §. 1. *ſeq. de Conſt. pec.* & utrumque unum idemque debitum, *d. L.* 11. *§. fin. L.* 18. *§. f. eod.* Nec ergo plus eſſe poteſt in acceſſione, quam in re principali, *§.* 5. *I. de Fidej.* Indeque conſtituens non poteſt uſurarum uſuras debere, quas ipſe reus non debet, *Mev. p.* 9. *dec.* 149. *dict. Diſp. Sect.* 2. *§.* 14. ibique Dd.

Laut. pag. 419. verb. *licet novatio &c* & verb. *Si debitor mutatur.*

Obj. *L.* 7, *§,* 12, *de Adm. tut,*

Resp

Resp. Ibi uſuræ uſurarum præſtantur, non, quod perſona, ſed debiti cauſa mutata eſt, *dict. Sect.* 2. *§.* 14.

Obj. Quod novatio ſimilis ſit ſolutioni, per *L.* 31. §. 1. *ff. de Novat.* at ſolutione tollitur uſura, *ſupr. n.* 1.

Resp. (1) Neque eſt vera ſolutio, *l.* 25. *ff. eod.* qualem Imperator requirit in *d. l.* 28. Nec (2) mutata proprie debiti cauſa; quia novatio fit per ſtipulationem, §. 3. *Inſt. Quib. mod. toll. obl.* mera autem ſtipulatio proprie non eſt debiti cauſa, ſed cautio, *L.* 1. §. 4. *ff. de Stip. praet.* quæ proinde priori ſaltem cauſæ accedit, *dict. Diſp. Sect.* 2. §. 20. *&* 21. ubi ſimul excipit caſum delegationis ſingularem.

Nec VI. SI TUTORES, CURATORES, GESTORES &c. A SE IPSIS NOMEN EXIGANT. Nam neque ſoluta hic eſt uſura, neque mutata debiti cauſa, *L.* 6. §. *f. L.* 38. *de Neg. geſt. L.* 9. §. 4. *de Adm. tut.* Vid. *dict. Diſp. Sect.* 2. *§.* 16. *&* 19. *ibique late Dd.*

Obj. (1) Quod tutor adverſus alium præſtare debet pupillo, idem adverſus ſe quoque præſtabit, *L.* 9. §. 3. *de Adm. tut.*

Resp. Inde a contrario ſequitur, quia tutor ab extraneo non exigit, ergo nec a ſe. *dict. Diſp. Sect.* 2. *§.* 17.

Obj. (2) *L.* 2. *C. de Uſur. pup.* ubi ex omni eo, quod ex cauſa tutelæ debetur, uſuræ præſtantur.

Resp. Loquitur de ſorte, quia uſuris opponitur, *dict. Sect.* 2. §. 17.

Obj. (3) *L.* 7. §. 12. *L.* 58. §. 1. *&* §. *f. d. Adm. tut.*

Resp. Ibi tutor exactum debitum pupilli cum uſuris penes ſe retinuit; tunc enim & ſolutæ ſunt uſuræ, & debiti cauſa eſt mutata, (nam tutor jam tenetur actione tutelæ), adeoque tutor ex nova & propria cauſa debet meram ſortem, *dict. Diſp. Sect.* 2. §. 18.

Nec VII. SI POSTERIOR CREDITOR OFFERT ANTERIORI DEBITUM CUM USURIS, eoque pignus ſibi acquirit. Tunc enim harum oblatarum uſuras petere nequit, *L.* 12. §. 6. *Qui pot. L.* 22. *C. de Pign.* Non enim mutata eſt debiti cauſa: offerens enim agit ex anterioris creditoris perſona & jure. Nec vere ſolutæ ſunt uſuræ; nam non animo ſolvendi debiti alieni, ſed ſibi acquirendi & quaſi emendi pignus ſolvit *d. l.* 12. *dict. Diſp. Sect.* 2. §. 22.

Qv-

Qv. XII. *An nudo pacto promissæ usuræ actione peti possint?*

NEGATUR; quia Jure Civili ex nudo pacto non datur actio, sed sola exceptio. Vid. *supr. tit. de Pact. q.* 10. Idque verum est, etsi sæpius præstitæ sint; nam nec animus obligandi inde probatur, nec exinde in futurum peti possunt, si nulla justa causa præcessit, *L.* 7. *C. h.* quin & repeti possunt, nedum retineri: nec obligatur tanquam ex tacito pacto in futurum; nam ne quidem obligatur, si præcesserit pactum expressum, *l.* 28. *C. de Pact.* *Laut. pag.* 410 verb. *Nudo pacto &c.*

OBJ. *L.* 6. *pr. h.*

RESP. Præcessit justa causa, ex qua filius debuit cum usuris, sed agebatur cum patre, ejusque hærede de in rem verso ex hoc debito usurario, & quærebatur, an pater etiam teneretur de usuris ejus, quod in rem ejus versum est? Resp. teneri, si sæpius præstitisset, quia hoc ipso tacite ratum habuit contractum filii, adeoque eo tenetur in solidum; solvuntur ergo usuræ non ex solo eo, quod sæpius solutæ, sed ex contractu, a patre per hos actus approbato: & repetitio illa infert approbationem contractus validi, at non contractum.

OBJ. *L.* 1. *C. de fideic.*

RESPONSIO eadem est, debentur usuræ non ex factis illis, sed ex ultima voluntate filii, his factis approbata. Sed anne saltem retinendi inde jus est? Negatur; sed, si per errorem solutæ sunt, repeti possunt: nisi pactum præcesserit, *L.* 3. *L.* 4. *C. h.* nec pactum tacitum est, ubi erratum: secus si a sciente soluta sint.

OBJ. *L.* 13. *pr. ff. L.* 5. *C. h.*

RESP. Non quæritur de retinendis, sed remittendis a creditore usuris; an ex eo, quod minores debito acceperit reliquos remiserit? Quod affirmatur; quia qui recipit toties minores usuras, videtur remisisse majores, cum facti hujus alia ratio non sit, & proniores simus a liberandum, *L.* 47. *de O. A.*

Qv. XIII. *An usuræ, in sententia præteritæ, post rem judicatam peti possint?*

RESP. Usuræ *vel* petuntur tanquam accessio debiti principalis, adeoque ipsa actione principali, quales sunt, quæ ex negotiis bonæ fidei ex mora *&c.* *Laut. pag.* 420. verb. *si actio principalis fuerit*

mora debitoris oriuntur: *Vel* petuntur propria actione tanquam interesse, etsi debitor in mora non sit. Utræque usuræ quoad effectum admodum differunt; ILLÆ non debentur ex propria obligatione, sed tanquam accessio, indeque continentur officio judicis. Obligatione ergo exstincta, & finito judicis officio, amplius usuræ hæ peti nequeunt, *l.* 49. §. 1. ibi: *Pretii forte, licet post moram, soluta, usuræ peti non possunt: cum hæ non sint in obligatione, sed officio judicis præstentur. ff. de Act. emt. L.* 4. *C.* ibi: *sed si, cum depositi actione expertus es, tantummodo sortis condemnatio facta est, ultra non potes propter usuras experiri: Non enim duæ sunt obligationes, alia sortis, alia usurarum, sed una: ex qua condemnatione facta, iterata actio rei judicatæ exceptione repellitur. C. Depos. L.* 13. ibi: *sed si finitum est judicium sententia, quamvis minoris condemnatio facta est, non adjectis usuris, nec provocatio secuta est, finita retractanda non sunt. C. de Usuris.* Atque ita rem decidit *Mev. p.* 3. *dec.* 420.

HÆ usuræ, quæ tanquam interesse debentur, & vel stipulatu, vel ex alia æquitatis ratione, præter moram veniunt, etiam finita obligatione principali, & lata jam sententia peti possunt; (1) quia ex propria obligatione diversa ab obligatione sortis debentur: adeoque tota ratio, quæ in præcedenti membro militabat, cessat, *arg. d. l.* 49. ibi: *cum hæ non sint in obligatione &c. arg. d. l.* 3. ibi: *non enim duæ sunt obligationes, alia sortis, alia usurarum, sed una.* (2) per text. expr. in *l.* 2. §. 7. ibi: *sed mihi videtur summæ solutio distare a fabrica insulæ: & ideo quod interest solum petendum:* ibi ergo id, quod interest, propria actione petitur, licet principalis obligatio solutione sit extincta: Ita rem decidit *Mev. p.* 1. *dec.* 219. Conf. *Surd. dec.* 69. *pr. & n.* 1. *Cravet. Cons.* 320. *Faber C. L.* 4. *tit.* 23. *def.* 4. *Castr. ad L.* 13. *ff. de Usur. Brunn. ad d. l.* 13. *n.* 2. atque ita Ann. 1708. mense Sept. Domini Halberstadienses in contradictorio judicarunt in causa **der Schultzischen Erben**, contra **den Rath zu Osterwigk**.

At notabilis ab illa regula est exceptio, si usuræ, quæ tanquam interesse debentur, petite in libello, & nihilominus præteritæ sint, nam tunc etiam illæ usuræ denegatæ censentur, & iterata actio repellitur exceptione rei judicatæ: dum enim judex petitis in libello non annuit, denegare ea videtur, & sibi imputet creditor, quod a sententia non appellaverit, eamque in rem judicatam transire passus fuerit. Atque ita optime distinguit *Mev. p.* 2. *dec.* 420. *& dec* 293.

Qv. XIV.

Qv. XIV. *An usuræ desinant, exstincta obligatione principali?*

AFFIRMATUR, quando usuræ ex mora, & sic solo officio Judicis debentur: quia, sublata actione, nec officium Judicis, ut merum accessorium subsistere potest, *l. 26. pr. C. h.* *Laut. pag. 420. verb. desinunt exstincta &c.*

Idque verum est, quocunque modo principalis obligatio exstincta sit: ut solutione, *d. l. 49. §. 1. de Act. emt. l. 4. C. Dep. l. 13. C. h.* præscriptione, *l. 26. pr. C. h.* novatione, *l. 18. de Novat.* & sic confusione, nisi pignore adjecto, *Brunn. ad d. l. 13. n. 4. C. h.* vel nisi protestatione sibi creditor usuras reservet. *Brunn. ad d. l. 13. n. 5.*

Atque de his usuris quoque Judex pronunciare, etsi non sint petitæ, *Brunn. L. 13. n. 2. 3. h.* vel eodem die eas supplere potest. *L. 42. de Re jud. Brunn. d. l.*

At secus, est, si in conventionem deductæ, usuræ ex proprio contractu, & actione debentur: tunc enim etiam finita principali obligatione usuræ separata actione peti possunt, *arg. d. l. 4. C. Dep. d. l. 49. de Act. emt. L. 1. C. de. Jud. L. 8. vers. neque id &c. de eo, quod cert. loc. Brunn. ad d. l. 13. n. 5. C. h. Fab. C. L. 4. tit. 33. def. 4. Carpz. P. 2. C. 30. d. 47. Mev. P. 1. d. 219.*

OBJ. Accessorium non posse subsistere sine principali.

RESP. Id secus esse, si & obligatio alia sit a principali, & alia res debita, quæ per se subsistere potest: ut in materia pignorum, usurarum &c. Hæ enim per se quoque subsistere possunt, uti fructus, qui sunt accessio prædii, tamen separati quoque subsistunt.

Qv. XV. *Quid sit annuus reditus, & quomodo differat ab usuris?*

RESP. Annui reditus, quatenus ut *jus* spectantur, sunt usui fructui similes, quatenus *corpus*, sunt pecunia, quam quis usque ad legitimum usurarum modum quotanis percipit pro sorte alteri soluta. Constituuntur per emtionem, qua creditor loco usurarum quincuncium pro mutuo, adeoque pro certa pecunia emit reditus quincunces. Reditus itaque sunt merx, sors est pretium, quod proinde repeti non potest, etsi ita pacti fuerint. *Vid. alleg. Ord. Pol. & Carpz. p. 3. c. 24. def. 17. 18. & 19.* Nisi in casum moræ id fiat, *Carpz. d. def. 19.* *Laut. pag. 420. verb. annui reditus &c.*

Differentiæ ergo multæ ſunt inter annuos reditus & uſuras: *illi* (1) emtione, *hæ* ſtipulatione conſtituuntur; *illi* (2) ſunt commodum ſortis, *hæ* ſors ipſa, ſive merx emtionis; *illi* (3) ſunt res principalis, *hæ* acceſſio; *illi* (4) ultra alterum tantum currunt, quia non ſunt acceſſio, ſed ſors, *Lynk. Diſp. de Ann. red. Diſp.* 2. §. 1. *n.* 2. *Laut. pag.* 419. *Struv. Ex.* 27. §. 53. *hæ* non currunt, quia acceſſio non poteſt eſſe major ſuo principali; (5) *illi* revocari non poſſunt, quia jure perpetuo in alium ſunt translati, & facultas redimendi penes ſolum venditorem eſt. *Ref. Pol. de Ann.* 1548. §. 8. & *de Anno* 1577. §. 9. *Carpz. p.* 3. *c.* 24. *d.* 16. *hæ* poſſunt, ſoluta ſorte: (6) *illi* non ſemper tolluntur ſoluta ſorte, *hæ* tolluntur; (7) in *illis* debentur uſurarum uſuræ, non in *his. Diſp. de Anatoc. Sect.* 4. §. 6. Alias differentias vide apud *Lynk. de Ann. redit.* uti, quod in *illis* actio realis confeſſoria detur. *Laut. h.*

Qv. XVI. *An, ſi Judex ſolutionem prohibuerit, debitor uſuras præſtare teneatur?*

Laut. pag. 420. *verb.* (2) *ſi Judex.*

NEGATUR, quia tum mora ejus non eſt.

Exc. (1) ſi interim pecunia uſus eſt, tunc enim ex re aliena lucrum caperet. (2) Si ſimul & re, quam emit, & pretio utatur; de quo caſu loquitur *L.* 13. §. 20. *de Act. emt.* Vid. ſupr. *tit. de Act. emt. q.* 17.

Qv. XVII. *An mora demum contrahatur per interpellationem?*

Laut. pag. 421. *verb. qui non ſolvit interpellatus.*

AFFIRMATUR: nec debitor ante interpellationem in mora eſt, licet pure debeat; (1) quia licet debitum ſit, tamen debitor non tenetur creditori illud offerre, *l.* 105. *de Solut.* ſed ſufficit, ſi paratus ſit reddere petenti; (2) quia neſcit, an commodum ſit creditori, quin an deſideret, qui nihil declarat, forte ceſſurus, *arg. L.* 26. §. 1. *de Fideicomm. lib.* neque (3) ignavia creditoris debet obeſſe reo, *d.* §. 1. Accedit (4) quod contractus infert obligationem reſtituendi, non certum ſolvendi tempus: alia ergo quæſtio eſt, an reus obligatus ſit, quod ex contractu infertur, alia, quando ſolvere debeat, quod in poteſtate actoris eſt, quando ſibi velit ſolvi. Actor ergo ſtatuit vel ab initio diem addendo, vel poſtea interpellando: Ille ergo in mora eſt, ſi non petat, poſt petitionem autem reus, *L.* 88. *de R. J. L.* 23. *de V. O. L.* 32. *pr.* & §. 1. *h. L.* 127. *V. O.*

Obj.

Obj. *L.* 5. *de R. C.* ubi dicitur, per debitorem factum videri, si justa causa sit, propter quam intelligere debet, se dare oportere.

Resp. (1) Talis justa causa non est ante interpellationem, tunc enim stat per creditorem. Aliud (2) est, in mora esse, aliud, per quem stare videatur: quoties enim potest facere, & non facit, non habetur pro facto, etsi mora absit, ut in *l.* 3. §. 3. *de Cond. caus.* de cujus formula agitur in *d. l.* 5. Indeque imputatur ei, per quem stat, ut vel ne pro facto habeatur, non ut in mora sit, & usuras præstet.

Qv. XVIII. *An unica interpellatio extrajudicialis sufficiat?*

Affirmatur. Sed ei interpellationi insistendum est, ne videatur ab ea semel facta recessisse, quod fit, si, cum commoda occasio instandi esset, non fecit, *l.* 32. §. 1. *h.* Incipit ergo ab unica interpellatione mora, &, si nulla occasio instandi fuit, durat, si fuit, instare debet, vel litem movere: lite contestata jam certa mora est, nec deficit. Unde in jure plerumque huic actui tribuitur mora; non quod tunc incipiat & constituatur, sed quod cœpta a prima interpellatione continuet. Ita in *l.* 10. *C. de Præscr.* dicitur, computari in præteritum, & is sensus est *l.* 35. *h.* Lite contestata currunt usuræ, id est, continuant cœptæ a prima interpellatione.

Laut. pag. 421. verb. *licet tantum unica &c.*

Qv. XIX. *An dies interpellet pro homine, indeque debitorem in mora constituat?*

Affirmatur; quia (1) is dies ab actore statuitur ad solvendum nec interest, initio statuat, an post, id ergo inter utrumque rite actum, ut hoc die solvatur, prout igitur partes statuunt, ita jus est, (2) per *l.* 12. *C. de Contr. stip. L.* 23. *de O. & A. l.* 14. *de V. O.* (3) per *L.* 32. *de R. C.* ubi tempus æstimationis est dies adjectus, aut eo non adjecto, interpellatio, atqui tempus æstimationis est, quo dari debet, & ideo id inspicitur, quia tum dari debet, adeoque incipit tum mora, *l.* 2. *h.*

Laut. pag. 421. verb. *si dies pro homine interpellat &c.*

Obj. *L.* 41. §. 1. *de V. O.* ubi dicitur, diem in favorem rei accipi, adeoque non pro actore allegari posse contra reum, ut hic illi usuras præstet ex mora.

Resp. Ante moram favor rei est, ne interim teneatur solvere, post moram, actoris, ut veniente die reus teneatur ad effectus moræ.

Obj. Mora, interpellatione contracta, purgari poteſt usque ad litis conteſtationem; *l.* 84. *de V. O.* ſi vero poſt diem mora inciperet, purgari non poſſet.

Resp. Negatur, moram ſemel commiſſam ante litem conteſtatam purgari poſſe, nec *d. l.* 84. agit de caſu, quo interpellatio & mora præceſſit.

Dissentit *Bachovius*, & putat, id verum tantum eſſe, cum pœna adfecta eſt, ſed in *d. l.* 114. *de V. O.* nulla eſt pœna, & eadem ratio.

Qv. XX. *An conditio exiſtens debitorem in mora conſtituit citra interpellationem?*

Laut. pag. 421. verb. *Non etiam ſub Cond.*

Negatur; (1) quia conditio non adjicitur ſolutionis cauſa, uti dies, ſed ut cum effectu obligatio producatur. (2) Exiſtere poteſt conditio, ignorante debitore, indeque citra ipſius culpam. (3) Effectus conditionis eſt, ut illa exiſtente purificetur obligatio, quæ hactenus incerta fuit, adeoque idem juris jam erit, quod in pura obligatione, ut ſcil. debitor non in mora conſtituatur, niſi poſt interpellationem. Idque (4) confirmatur ex *l.* 24. *in f. pr. Quand. dies leg.* ibi: *forte quia hæres interpellatus non ſit.*

Obj. *L.* 18. *pr. h.* ubi obligatione ſub conditione, *ut venditor evictis agris pretium reſtitueret*, contracta, exiſtente conditione ſtatim uſuræ debentur, indeque debitor ſtatim in mora conſtituitur.

Resp. Quæritur ibi, an uſuræ etiam ante evictionem debeantur, non an ſine interpellatione, uti patet ex ratione dubitandi, quia emtor quoque debuit fructus medii temporis reſtituere. Non ergo quæritur, an poſt evictionem requiratur interpellatio ad moram, nam ea & mora ſupponitur, ſed etiam an ad uſuras pretii medii temporis.

Obj. *L.* 59. *de Verb. Obl.* ubi tam de obligatione in diem, quam ſub conditione dicitur, quod æſtimatio ejus temporis inſpiciatur, quo dies venit, adeoque exiſtente conditione videtur conſtitui in mora.

Resp. Non quæritur de æſtimatione poſt diem vel conditionem, ſed ante, ut patet ex ratione, *quando rei captio foret.* Petebatur a reo æſtimatio, quæ erat maxima ante diem, & reſpondetur, non incipere æſtimationem,

nem, nisi post diem & post conditionem, alia ergo quæstio est, an interpellatio tum requiratur? quæ proinde non excluditur, sed mora supponitur.

Qv. XXI. *An mora inducat obligationem ratione usurarum?*

Affirmatur, *Lauterb. in f. h.* sed distinguendum inter obligationem ex negotiis *bonæ fidei*, nam in his agi potest actione ex ipso contractu ad moræ æstimationem *L.* 3. *C. L.* 32. §. 3. *ff. de Usur.* & inter obligationem ex negotiis *stricti juris*; ibi enim non plus est in obligatione, quam quod verbis est expressum, *d. L.* 99. *de V. O.* at verbis contractus nihil de mora dictum est: Repugnat igitur ex æquitate augeri obligationem, & tamen stricti juris esse. Post litem contestatam tamen usuræ debentur. *Vid. supr. q.* 3. quia omnis causa i. e. omnis utilitas in judicium deducitur. *Laut. pag.* 421. verb. *inducit obligationem usurarum &c.*

Qv. XXII. *An mora, indeque debitæ usuræ, tollantur simplici obligatione?*

Affirmatur modo actu creditor offerat; usuræ enim non debentur, nisi ex mora; oblato autem debito non potest dici in mora. Neque per offerentem stat, quo minus debitum solvatur, jamque mora est creditoris in accipiendo: quin contradictio est, offerre debitum, & tamen moram facere in offerendo. Atque id traditur in *L.* 72. *pr. de solut.* ubi & ratio additur: *non est æquum, teneri pecunia omissa, quia non teneretur, si creditor accipere voluisset.* Conf. *L.* 39. *Cod. L.* 122. §. *p. in fin. de V. O. Brunn. ad. L.* 19. *C. h.*

Exc. Si usus sit pecunia illa. *Vid. supr. q.* 4.

Obst. *L.* 19. *C. h.* ubi non nisi per solennem oblationem pignus liberari dicitur: item *L.* 6. *L.* 9. *C. eod. L.* 7. *L.* 18. §. *f. ff. h. L.* 3. *C. de Luit. pign.* in quibus omnibus debitum & pignora non tolluntur, nisi per solennem oblationem. Varie distinguunt Doctores; alii dicunt, per simplicem oblationem non ipso jure tolli obligationem, sed ope demum exceptionis: alii distinguunt inter usuras ex mora, & eas, quæ ex stipulatu debentur: illas tolli per simplicem oblationem, non has. *Goth. ad d. L.* 19. Sed res clara est; nam oblatio simplex purgat effectus moræ, sed non tollit totam obligationem; adeoque debitum, pignora, fidejussiones &c. durat, hæc

hæc jura enim non tolluntur, nisi per solennem oblationem, quæ instar solutionis est: atque de his juribus agitur in *L.* 19. & reliquis textibus.

Obj. *L.* 28. §. 1. *de Adm. tut. L.* 1. §. 3. *h. t.* ubi tutor non liberatur a præstatione usurarum per solam oblationem, sed depositionem.

Resp. Hoc inde est, quia oblatio simplex, quæ pupillo fit, nulla est, utpote cum pupillus sine tutore nihil accipere possit, ibi ergo necessario solennis requiritur.

Atque hoc ita in oblatione ante cœptas usuras receptum ait *Brunn. ad L.* 9. *n.* 2. *C. h. Mev. p.* 2. *dec.* 199. *& part.* 3. *dec.* 12.

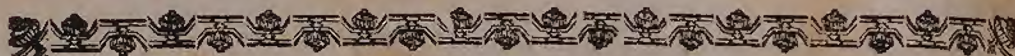
Qv. XXIII. *An mora purgetur facta novatione?*

Affirmatur; quia per novationem tota extinguitur obligatio, adeoque omnes ejus effectus, uti mora &c.

Secus est, si novatio fiat sub conditione, nam quamdiu pendet conditio, nondum est novatio, neque prior obligatio sublata dici potest, adeoque nec mora. Hinc si interim res perit, perit moroso, *d. L.* 14. *de Solut.* & in *L.* 31. *pr. de Novat.* etiam pendente conditione mora manet. Conf. *L.* 56. §. *f. de V. O.*

Obj. *L.* 72. §. 1. *de Solut.* ubi, qui post moram sub conditione promittit, liberatur a mora, etiam pendente conditione.

Resp. Loquitur de casu, ubi reus, qui in mora fuit, novationem sub conditione obtulit, & alter accepit, *d. l.* 72. tunc enim mora purgata est: etsi ergo res, pendente conditione, deficiat, non tamen mora manet, quia semel purgata est. Duo ergo actus sunt: novatio, quæ nondum fit; & oblatio, quæ actu fit voluntate creditoris, adeoque satisfactio est.



LIB. XXII. TIT. II.

DE NAUTICO FOENORE.

Qv. I. *Quomodo nauticum fœnus differat (1) ab usuris (2) ab assecuratione, & (3) a bodemeria?*

Resp. Differt ab USURIS, quæ sunt æstimatio sortis, quæ nobis utenda conceditur, *L.* 32. *L. f. C. h.* at fœnus nauticum saltem datur ex pecunia trajectitia, seu tali pecunia, quæ trans mare vel alia loca periculosa vehitur;

vehitur, & cujus intuitu dominus navis periculum in se recipit, *L.* 1. *h. t.* quanquam etiam dari possit, etsi periculum non sit creditoris. *L.* 4. *h. L.* 2. *C. h.* Hinc usuræ tantum quincunces permittuntur, fœnus nauticum propter periculum in infinitum procedit. Hodie centesimæ obtinent, *L.* 26. §. 1. *C. de Usur.* cessante periculo ordinariæ debentur. *L.* 1. *C. h.* In nautico fœnore periculum sortis pertinet ad creditorem, nam emit quasi periculum; sed in mutuo periculum est debitoris, qui dominus fit sortis.

Differt ab ASSECURATIONE, quæ non datur pro *pecunia*, per mare transvehenda, sed pro *mercibus*, non tantum per mare, sed etiam per terram transvehendis. *Dn. Coccej. Disp. de Assecur.* §. 22. *seq. item* §. 35. Atque hinc sub assecuratione generali non continetur pecunia numerata, *Grot. Introd. L.* 3. *c.* 24. §. **Man mag alles** 2c. *dict. Disp.* §. 43. Usuras centesimus hic quoque stipulari licitum est, *ibid.* §. 27. quin & ultra, pro magnitudine periculi. *Marq. de Jur. merc. c.* 13. *n.* 69. Nam alea & periculum sunt res, quæ æstimari possunt, uti id in *d. Disp.* §. 28. *seq.* late probatur.

Differt a BODEMERIA, ubi non simpliciter domino navis creditur pecunia numerata, sed in ipsam navim, atque hoc negotium dicitur a carina, **von dem Schiffs-Boden, verbodmen.** Requiritur autem (1) navis extrema necessitas; (2) ut in eam credat expresse; (3) ut navis ipsa oppignoretur; (4) ut alio modo consuli nequeat; (5) ut exercitores, vel eorum amici nulli in loco sint; (6) ut periculum creditoris sit. *L.* 6. *L.* 7. *& pass. ff. & C. h.* Unde non debetur, si navis non salva in portum perveniat. Infinitæ quoque hic usuræ permissæ sunt. Vid. *Disp. Dn. Par. de Bodemeria.*

Notanda hic est formula: **Bodemerey gehet vor Haverey**; quia ipsa navis pignorata est in contractu bodemeriæ, adeoque præfertur: Sed & alia formula est: **Bodemerey giebt keine Haverey**; nam actio illa & pignus, quod creditor, qui dedit pecuniam, in navi habet, jactum pati non potest. Vid. *Disp. alleg. de Bodemeria.*



LIB. XXII. TIT. III.

DE PROBATIONIBUS

Qv. I. *Quænam ſit ratio probationis ex Jure Naturæ?*

RESP.

Si duæ partes de facto diſceptent, ex naturali ratione factum illud probari, & quod dubium eſt, certum reddi debet: Judici autem probatio fit, quia ille arbitratur, ſatiſne ita probatum ſit, ut omnibus conſtare poſſit. *Dn. Par. Diſp. de Dir. prob. neg. Cap.* 1. §. 5. Certitudo autem talis omnimoda in factis hominum vix occurrit, niſi per evidentem inſpectionem, & inſtrumenta indubitata; teſtes vero errare poſſunt, vel fallere, etſi honeſtiſſimi ſint. *ibid.* §. 6. Cum igitur plenaria certitudo vix ſperari poſſit, talis in Jure admittitur certitudo, qualis inter homines commode admitti poteſt, adeoque certum dicitur, quod in vita civili pro certo probatoque haberi poteſt: talis autem certitudo occurrit in plurium teſtium conſenſu, ſi rite intervenerit; de quo plenius *infra tit. de Teſtib. q.* 1. Conf. *d. Diſp. Cap.* 1. §. 10. *ſeq.*

Qv. II. *Cui naturali ratione incumbat probatio, & quando illa transfertur in alterum?*

Laut. pag. 422 verb. *Actore regulariter, niſi pro proponente pugnet præſumtio.*

RESP. Probatio incumbit ei, qui quod in lite & dubium eſt in judicium attulit, adeoque actori: Idque hoc modo probat *B. Pareus in Diſp. de directa probatione negativæ Cap.* 3. §. 1. Quia ille eſt dubii illius auctor, adeoque ejus eſt, illud probare, quod ipſe dubium movit, non alterius, qui nihil movit. Nec ratio patitur, ut alter alteri onus probandi imponere poſſit, eoque alterum gravare, quietamque poſſeſſionem ſuo lubitu turbare. Quin, quod plenius rem demonſtrat, non eſt in lite dubium, niſi unicum, non duo dubia; Si enim Sejus in judicio proponat, ſe Cajo 100. mutua dediſſe, unum tantum dubium, una quæſtio eſt, an Sejus Cajo 100. mutua dederit? Hoc ergo probandum eſt per §. 1. *ſup. & c.* 1. §. 5. Unde neceſſario infertur, Sejum id probare debere: Cum enim probandum ſit, 100. mutua data eſſe, id non poteſt, niſi a Sejo probandum ſuſcipi, qui id aſſerit, indeque jus petit: a Cajo enim probandum non eſſet, 100. mutua data eſſe, quod ille negat, non aſſerit; ſed contra mutua data non eſſe, quod non quæritur, nec quæſtio propoſita eſt. Igitur, cum probandum ſit, 100. mutua data eſſe, cotradictorium eſt, Cajum id probare ſeu certum reddere, & Cajum tamen id negare: & uti ſumma eſt contradictio

ctio mutuum eſſe datum, & non eſſe datum: ita Cajus, qui poſterius aſſerit, prius quoque aſſerere, nedum aſſertum firmare nequit, cum nemo contradictoria aſſerere poſſit. Accedit, quod jus omne oriatur & aſſeri debeat ex aliqua diſpoſitione ſive legis ſive hominis, *Poſ. J. G.* 6. quæ diſpoſitio nihil aliud eſt, quam voluntatis declaratio, *d. Poſ.* 6. declaratum autem non eſt, quod nondum probatum, ſed adhuc obſcurum eſt. Igitur nemo jus v. g. mutui aſſerere & petere a judice poterit, niſi id judici probatum, declaratumque dederit. Hinc jam ſequitur (1) quod regulariter per rerum naturam, ac naturali ratione probatio incumbat affirmanti, atque adeo actori: *L.* 2. *L.* 21. *de probat. L.* 8. *&* 23. *C. eod.* §. 4. *in fin. I. de Legat.* quia qui dubium judici proponit, regulariter aliquid affirmat, idemque regulariter eſt actor: nam quamdiu nemo contra te aliquid aſſerit, vel agit, tam diu nec opus tibi eſt, ut neges vel contradicas; ſed contradictio omnis ponit aſſertionem præcedentem, cui contradicitur: atque ita aſſerens actor erit, reus contradictor, qui & ita dicitur in *L.* 1. *C. de ingen. manum. L. fin. C. de Edict. D. Hadr. toll.* Sequitur (2) ſi actor ſuam intentionem probaverit ſed reus contra eum excipiat, eadem ratione naturali hujus exceptionis probationem reo incumbere, *p.* §. 5. *&* 15. quia ille jam proponit, quod incertum eſt, adeoque eædem jam ab ipſius parte ſunt rationes, quæ ante ab actoris. Unde recte dicitur, reum in exceptione partibus actoris fungi. *L.* 19. *pr. L.* 9. *de probat. L.* 1. *C. eod.* Hinc (3) ſi intentio actoris fundatur in eo, quod in dubio ipſa legis poteſtate pro vero habetur, liberatur actor ab onere probandi & transfertur hoc ex tali præſumtione legis in reum: idque adhuc naturali ratione eadem ut ante. Nam & hoc caſu verum eſt, actoris intentionem haberi pro probata: quia res in lite, eoque dubia eſt: in dubio autem ita lege præſumtum pro vero haberi poſuimus. Ita quilibet electus ad beneficium, lege intelligitur vel præſumitur idoneus. *c. fin. X. de præſumt.* Si igitur agat ad conſequendum beneficium, & reus eum idoneum eſſe neget, huic incumbit probatio. *d. c. fin.* Nam in ſtatu dubio, qui hic eſt, actor probaſſe videtur, quia id, in quo ſe fundat in dubio vi legis pro vero habetur; ſequitur quod, quilibet idoneus in dubio habeatur. Cur igitur, ſi ille in *d. c. f.* probaſſe intelligitur, non obtinet ſtatim beneficium, ſed probatio in reum transfertur? Resp. Quia ſemper & non tantum contra præſumtionem juris, quæ jure pro probatione in caſu dubio habetur, ſed & contra veram probationem, admittitur probatio contraria, Gegen=Beweiß, de qua *Carpz. Proc. Judic. T.* 13. *art.* 2. *per tot.* Sic & minor, mulier, ruſticus, ob lubricum judicii, in dubio temere ſolviſſe intelliguntur. Si ergo repetunt, quaſi indebite ſolutum in dubio probata videtur illorum intentio, ſed reo permittitur probatio contraria *l.* 25. §. 1. *de probat.* Item ſi is, cui 10. ex teſtamento, &

10 ex Codicillis legata sunt, bis 10. petat, hæres neget, actor probasse intentionem in hoc dubio intelligitur; sed hæres contrariam probationem suscipere potest. *L.* 12. *de probat. Wissenb. P.* 1. *Disp.* 43. *th.* 10. Atque ita de aliis. Hi enim omnes sunt casus ejusmodi præsumtionis juris, qua ipsa intentio actoris fundatur, eoque in dubio probata censetur. Atque adeo hæc præsumtio juris, vi legis, est instar probationis in casu dubio, donec causa per alteram dubio eximatur, & certa fiat contraria probatione: uti, si creditor debitori chirographum reddit, lex in dubio ex hoc facto infert remissionem debiti, *L.* 2. §. 1. *de pact.* igitur in hoc casu dubio, & nisi creditor probet ex alia causa redditum fuisse, debitor intentionem suam plene probat, hoc solo redditi chirographi facto. Ita juris præsumtio est, omnia durare in eodem statu, donec probetur mutatio. *Alciat. de prob. reg.* 2. Quare sic patre filium vindicante, hic neget se in potestate esse, nec id in contrarium probet, patris probata erit intentio ex sola prædicta juris regula. *L.* 8. *de probat.* Et ita de aliis innumeris. Atque hoc sensu recte Dd. tradunt, quod præsumtio juris sit probatio liquidissima, *Vallens. ad Tit. X. de præsumt.* §. 4. *n.* 4. *Carp. L.* 1. *R.* 66. *n.* 10. *& seqq. & ibi alleg.* scil. quamdiu pars altera contrarium plene non probaverit, habetur pro liquido, quod jure præsumitur.

Qv. III. *An semiplena probatio Jure Civili cognita sit?*

Laut. pag. 422. verb. *minus plenam &c.*

NEGATUR: (1) Quia, actore non probante, reus absolvi debet non autem probat actor, qui semiplene saltem probat. Accedit (2) quod unus testis ne quidem audiri debeat, *L.* 4. *C. de Edend. L.* 9. *C. de Test.* Hinc (3) ipsa testatur sacra pagina, veritatem in duorum vel trium ore consistere; & (4) norma Juris ubique duos testes requirit. *L.* 12. *ff. de Test.* Sed & (5) actor supplens semiplenam probationem suo jurejurando, testis est in propria causa.

At moribus & Recessibus Imperii juramenta suppletoria sunt recepta, de quibus *vid. Laut. supr. pag.* 185. *seqq.*

Qv.

Qv. IV. *An reus titulum suæ possessionis edere debeat?*

Famosa est regula in *L.* 11. *C. de Pet. hær.* Neminem titulum suæ possessionis edere debere. Nam qui agere vult, probationes habere debet, *L.* 4. *C. de Edendo.* neque oportet origenem petitionis ex instrumentis ejus, qui convenitur, fundari, *L. f. C. eod. c.* 1. *X. de Prob.* & nimis grave est, urgeri partem adversam ad exhibitionem eorum, per quos sibi negotium fiat. *L.* 7. *C. de Test.* Neque actoris interest, nosse titulum, ad actionem rite instituendam; si enim ille certus est de suo dominio, illudque evidenter probare potest, vindicare rem a possessore poterit, quocunque demum titulo hic possideat. *Stryk. Disp. de Necess. edend. tit. poss. n.* 13.

Laut. pag. 422. verb. *nisi pro proponente &c.*

Apparet ergo, regulam & textum loqui de petitore, qui ante institutam actionem expetit a reo titulum possessionis. Hujusmodi interrogatio ante institutam actionem licita non est. Neque alia est exceptio, quam in petitione hæreditatis. *d. L.* 11. Ibi enim possessor conventus declarare debet, num pro hærede, num pro possessore, vel alio titulo singulari possideat. *d. L.* 11. Cum enim contra eum, qui universali titulo possidet, non possint actiones singulares institui, nec universales contra eum, qui titulo singulari rem tenet, nosse sane debet actionem instituturus, an possessor titulo universali, an singulari possideat, ad id, ut actio rite instituatur, & ne judicium fiat elusorium. *Stryk. d. Disp. c.* 2. *n.* 11. *seq.* Eadem autem ratio est in bonorum possessione, utpote quæ nihil aliud est, quam petitio hæreditatis Prætoria. *L.* 3. *pr. de Bon. poss.* Item in interdicto quorum bonorum, nam hoc quoque non nisi contra eum, qui pro hærede vel possessore possidet, datur. *L.* 1. §. 4. *eod.* Sed & porro eadem ratio est, si dubitatur, an quis ut hæres, an ut legatarius possideat, ut in *L.* 1. §. 4. *ff. Quod legat.* Quanquam tunc actor cumulare interdictum quod legatorum cum petitione hæreditatis possit. *ibid.*

Ab hac regula *L.* 11. *C. de Pet. hær.* toto cœlo differt alia regula, *quod possessor titulum suæ possessionis probare non teneatur*, quæ extat in §. 4. *Inst. de Interd. L.* 24. *C. de R. V. l.* 2. *de Probat.* Cujus regulæ rationes hæ sunt: nam (1) præsumtio est pro possessore; quia remanet in suo loco possessio, donec actor aliud probaverit. *d.* §. 4. *d. L.* 2. (2) In pari causa potior haberi debet possessor, *L.* 128. *pr. de R. J.* utpote pro quo factum possessionis militat, pro petitore nihil. Accedit (3) quod actor, qui injustitiam posses-

possessionis asserit, ac in potiori jure se fundat hoc assertionis fundamentum probare debeat, per text. expr. in *L. f. C. de R. V.* Inprimis cum (4) notissimi juris sit, asserenti, non neganti, probationem incumbere, *L.* 2. *ff. de Probat. L.* 23. *C. eod. d. L. f.* &, actore non probante, reum absolvi, *L.* 4. *C. de Edend.* ubi additur ratio, quod neque juris, neque æquitatis ratio permittat, ut alienorum instrumentorum inspiciendorum potestas fiat, cum ille, qui accusare vult, probationes habere debeat: neque oportet originem petitionis ex instrumentis ejus, qui convenitur fundari, *L. f. C. eod. C.* 1. *X. de Prob.* & nimis grave est, urgeri partem adversam ad exhibitionem eorum, per quos sibi negotium fiat. *L.* 7. *C. de Test.*

Hæc regula plurimas patitur exceptiones, quæ ad duo capita referri possunt; Possessor enim titulum suæ possessionis probare tenetur, (1) si actor suam intentionem probavit, sed reus excipit; tum enim hic actoris partibus fungitur, excipiendo. *L.* 19. *pr. L.* 9. *ff. de Prob. L.* 1. *C. eod.* (2) Si intentio actoris fundatur in jure communi, vel in eo, quod in dubio ipsa potestate legis pro vero habetur; tunc enim hæc præsumtio juris, quæ pro actore militat, transfert onus probandi in possessorem: id quod plenius excussit *Dn. Par. in Disp. de Dir. prob. neg. c.* 3. *§.* 5. *seq. Stryk. d. Disp. c.* 3. *n.* 1. & *late seq.*

Differentiæ autem præcipuæ utriusque hujus regulæ hæ sunt: (1) *Prior* regula loquitur de casu, ubi, actor ante litem motam expetit a possessore titulum, ad eum effectum, ut possit actionem instituere. *Posterior* supponit litem jam motam, ubi actor non tantum tituli allegationem a possessore expetit, sed & ejus probationem: adeoque (2) *priori* casu actor solam tituli allegationem desiderat, *posteriori* præterea probationem ejus. (3) *Prior* regula nullam patitur exceptionem, præterquam in petitione hæreditatis. *d. L.* 11. Posterior vero plurimas, uti jam vidimus.

Ex his jam constabit, omnes tam operose a Doctoribus cumulatas exceptiones vero non esse exceptiones a priori regula, in *Lege* 11. *C. de Pet. hær.* tradita, sed a posteriori, indeque plerumque Doctores falli, quod in singulis demonstrabimus.

Dicunt vero (1) possessorem rei hæreditariæ possessionis titulum edere debere, si hæredi vindicandi regerat, se rem ante hæreditatem certam speciali titulo a defuncto accepisse. *Stryk. d. Disp. c.* 2. *n.* 23. Idem quoque (2) obtinere in hærede, qui alio titulo vult possidere, quam defunctus. *ibid.*

ibid. n. 24. Ajunt (3) poſſeſſorem, qui ſemel nomine alieno poſſedit, & jam ſuo nomine ſe poſſidere contendit, titulum docere, & mutationem probare debere. *ibid. n.* 40. Sed & (4) ab eo, qui rem creditoris, in quem executio decreta eſt, poſſidet, titulum poſſeſſionis exigunt; quia certum eſt, olim rem debitoris, & ſic creditorum fuiſſe. (5) Eandem allegationem tituli requirunt, quoties actor fundatam habet intentionem *ibid. n.* 45.

At omnes hi caſus non poſſunt dici exceptiones a regula, in *l.* 11. *C. de Pet. hær.* propoſita: neque enim actor ante litem motam interrogat poſſeſſorem, quo titulo poſſideat, neque poſſeſſor ibi reſpondet, qui ſunt termini dictæ *Legis* 11. Sed pertinent omnes hi caſus ad exceptionem primam poſterioris regulæ, ubi poſſeſſori incumbit, non ſaltem allegatio, quo titulo poſſideat, ſed & probatio tituli: in omnibus enim illis caſibus actoris intentio eſt fundata, & poſſeſſor ſpecialem titulum profert, quam excipiendo allegat, indeque probare tenetur.

Hinc jam facilis eſt deciſio quæſtionis: *an ſubſiditus Principi actori titulum ſuæ poſſeſſionis edere debeat?* Equidem ſi de nominatione tituli ante actionem inſtitutam quæſtio ſit, negamus, titulum Principi edendum eſſe, juxta *l.* 11. *C. de Pet. hær.* excepta hæreditatis petitione. *ibid.* Neque in Principe diverſa, ſed eadem potius militat ratio, utpote cum horum procuratores non aliter, quam ſecundum legum ordinem, vel excipere, vel inferre actiones poſſint. *L. un. C. de Condict. & procur. ſiv. auct. præd. fiſc. dom. aug.* Hoc evidenter quoque probatur ex *L.* 3. *ff. de Edend.* ubi delatori tantum edenda ſunt inſtrumenta, quæ ad eam cauſam pertinent; certiſſimo indicio, inſtrumenta fiſco non eſſe edenda, niſi in cauſa delata, adeoque actione inſtituta, & in ea cauſa ſola; Non ergo ante litem motam, nec in cauſa nondum delata.

Sed & poſt litem motam & actione a Principe inſtituta certum eſt, reum non teneri titulum ſuæ poſſeſſionis edere; ſed Princeps fundamentum ſuæ intentionis probare debet, quæ naturæ quoque regula eſt, *L.* 2. *L.* 21. *ff. L.* 8. *L.* 23. *C. de Probat.* §. 4. *in f. Inſt. de Leg. Dn. Par. Diſp. de Dir. prob. neg. c.* 3. §. 1. *ſeq.* poſſeſſor enim tutus eſt ſua poſſeſſione. Idque expreſſe ita ſtatutum eſt in *L. un. C. de Cond. & proc. ſiv. auct. præd. fiſc. dom. aug.* ut fiſcus non aliter, quam juxta Legum ordinem, vel excipere, vel inferre actiones poſſit; ſic enim jure privatorum utitur, quoties privilegium non reperitur. *L.* 37. *de Jur. fiſc.*

At

At quemadmodum in privatis duplex eſt exceptio, ubi onus probandi tranſit in reum, ita & in Principe, ſcil. (1) ſi actor Princeps ſuam intentionem probavit, reus exceptionem probare, & hactenus titulum ſuæ poſſeſſionis edere tenetur; (2) ſi intentio Principis actoris fundatur vel in jure communi, vel in eo, quod ipſa poteſtate Legis, vel ex ipſa aſſertione adverſarii pro vero habetur: tunc hæc præſumtio Legis eſt loco veræ probationis, donec reus contrarium probet.

His jam principiis poſitis, facile deciduntur difficillimæ quæſtiones, quæ circa actiones a Principe inſtitutas moveri ſolent.

PRIMO autem loco quæritur, an reus, qui jurisdictionem poſſidet, poſſeſſionis titulum Principi, eam vindicanti, edere debeat? Quod AFFIRM. (1) quia intentio actoris Principis fundata eſt in præſumtione Juris; utpote ad quem, tanquam fontem omnis jurisdictionis, ea originarie pertinet. qui proinde ſibi conceſſam ait jurisdictionem, ei reſiſtit Legis præſumtio, & ſic tamdiu pro injuſto poſſeſſore habetur, donec conceſſionem probet. Accedit (2) quod reus, poſſeſſionem jurisdictionis allegans, fundet ſe in conceſſione Principis, quia abſque conceſſione, ſive tacita, ſive expreſſa, poſſeſſio non valet, hoc proinde fundamentum intentionis probare debet poſſeſſor; inprimis (3) cum hæc conceſſio facti ſit, indeque ab allegante probari debeat. Atque ita (4) omnes Doctores communiter tenent, *Menoch. rem. 3. ret. poſſ. n.* 590. *Mev. p.* 1. *dec.* 44. *n.* 6. *Stryk. Uſ. Mod. ff. tit. de Juriſd.* §. 27. & 28. *item in Diſp. de Neceſſ. ad. tit. c.* 3. §. 18. *ibique late Dd. c.* 4. *n.* 18. *Poſt. de Manut. Obſ.* 42. *n.* 39. *Alciat. Reſp.* 408. *n.* 7. *Knich. de Jure territ. c.* 5. *n.* 12. *ſeq.* Hinc regula communis quod, quoties jus a Principe dependet, nemo in poſſeſſorio contra Principem defendendus ſit, niſi titulum doceat. *Pacian. de Prob. L.* 2. *c.* 20. *n.* 9. & 27. *Brunn. Cent.* 4. *dec.* 24. *n.* 7.

Atque ita in Curia Halberſtadienſi in contradictorio judicatum in cauſa des Amts der Majorey contra das Kloſter Hayſeburg;

Porro & SECUNDO quæritur: an libertatem a contributionibus aſſerens titulum poſſeſſionis edere debeat? AFFIRM. quia Naturæ quoque Jure quilibet ſubditus ad defenſionem territorii contribuere tenetur: qui proinde exemtionem allegat, hoc fundamentum intentionis, cui jus reſiſtit, probare, titulumque exemtionis demonſtrare tenetur.

TER-

TERTIO quæritur: an in venatione quoque Principis intentio fundata fit contra poffefforem privatum, ad eum effectum, ut titulum docere debeat? Equidem Jure Civili hoc negatur, ubi venationes non ex conceffione Principis dependent, fed Juris Gentium funt, & omnibus Civibus communes erant: Non ergo ibi major præfumtio pro Principe, quam privato, quin major pro hoc, qua poffeffore, juxta regulam fupra pofitam. At poftquam Imperatores Germani (parique jure Status Imperii) jura venandi fibi tanquam regale vindicare, 2. *F.* 56. *Dn. Par. J. P. c.* 23. §. 45. Nobilibusque jure feudi concedere confueverunt, in venatione quoque dicendum, Principes contra fubditos fundatam habere intentionem, quia absque conceffione Principis eam exercere nequeunt; qui proinde poffeffionem allegat, conceffionem fupponit, (alias enim effet prædoneà) eam allegat, in ea fe tacite fundat, indeque titulum hunc docere tenetur, *Luc. de Penna in L.* 2. *C. de Fund. limit. Rol. a Valle Conf.* 89. *n.* 24. *Lib.* 2. *Stryk. Difp. de Neceff. ed. tit. c.* 3. *n.* 84.

Atque ita in Curia Halberftadienfi probatio tituli venationis injuncta fuit poffefforibus in caufa fifci, contra Guftedt, item in caufu fifci, contra Affeburg.

Atque eadem ratio eft in omnibus regalibus: ea enim poffidens titulum edere tenetur; quia notorium eft, regalia non nifi ex conceffione Principis, quæ facti eft, privatis conferri poffe: De Jure Principis igitur conftat, conceffio vero dubia eft, & ab allegante probanda. *Stryk. d. c.* 3. *n.* 9. 14. *& feq.*

Qv. V. *An Jus probari debeat?*

NEGATUR; quia Jus certum finitumque eft, *l.* 2. *ff. de Jur. & fact. ign.* adeoque Judici notum perfpectumque effe debet & poteft. *Laut. pag.* 423. verb. *non jus &c.*

OBJ. *L.* 5. *h.* ubi confuetudo probari debet; at confuetudo eft Jus.

RESP. Confuetudo fumitur vel pro jure, vel pro actibus confuetis: hi probari debent; quia facti funt, & ex illis demum probatis jus apparet: facta enim Judex noffe non poteft, cum facta infinita fint, & prudentia humana adeo fciri non poffint, ut prudentiffimos quoque fallant. *Conf. Difp. Coccej. de Dir. prob. neg. c.* 1. §. 3. *&* 4.

Qv. VI. *An negativa per rerum naturam directo probari possit?*

Laut. pag. 423. verb. non potest probari

Præmittendum hic est (1) directæ probationis speciem æque esse instrumenta, ac testes, *arg. L.* 38. *ff. de Obl. & act.* Conf. *L.* 14. *in f. C. de Contr. stip.* (2) Aliud esse depositionem testis, aliud causam dicti seu scientiæ. Conf. *Disp. Dn. Parent. de Directa prob. negat. c.* 1. §. 6. & 7.

His præmissis dicimus, negativam æque ac affirmativam directo probari posse. Nam (1) non potest ostendi impedimentum naturæ, seu, quod natura negantis probationi magis, quam affirmantis repugnet, *dict. c.* 1. §. 8. Sed & (2) in eodem illo exemplo *Legis* 10. *C. de Non num. pec.* directo probari potest, *Titium Sejo non numerasse pecuniam*, quia non est impossibile, ut & tempore petiti mutui ac dati chirographi, & deinde usque ad tempus litis motæ, continuo, una cum Titio fuerint homines, qui jurato testari possunt, non numeratam esse pecuniam, *dict. c.* 1. §. 9. Neque (3) dici potest, hic non ipsam negativam, sed factum quodammodo definitum probari: nam sufficit in hoc ipso exemplo, de quo asseritur, ejus probationem natura non esse, probationi directæ per testes locum esse posse, *dict. cap.* 1. §. 10. Sed & (4) affirmativa quoque indefinita, v. g. *Titium Sejo numerasse pecuniam*, ad tempus coarctari, & præcise actus ille definiri, ac per testes probari debet; si vero non ad tempus coarctetur, non magis, quam negativa indefinita probari potest. *d. c.* 1. §. 12. & 13. Porro & (5) hæc ipsa negatio: *pecunia non est numerata*, per instrumenta probari potest, uti, si creditor debitori chirographum extradenti, datis literis reversalibus cavet, se ei, etsi accepto chirographo, nondum numerasse pecuniam; per instrumenta autem directo fieri probationem, ante dictum est, *dict. c.* 1. §. 15. Sed & (6) per jusjurandum, per indicia liquida &c. probatio illa perfici potest, *L.* 19. *C. de Rei vind. L.* 2. *in f. C. de in lit. jur. L.* 6. *C. de Dol. mal.* Quin (7) ipsi Doctores lapso biennio debitori adhuc permittunt probationem hujus negativæ. *dict. Disp. c.* 1. §. 17. Neque (8) propterea, quod negatio per naturam probari non possit, debitor in *d. l.* 10. liberari ab onere probandi, alterque hoc onere gravari posset, sed contra, quia probare nequit, jure suo excidit, nec tum jus, sed probatio deficit, *L.* 30. *ff. de Test. tut. d. c.* 1. §. 18. Atque ita (9) negativa: *quod Titius non sit decurio*, ex inspectione Albi decurionum, *quod in Virgilio non exstet mentio Ciceronis*, ex perlectione Operis Virgiliani probari potest, *d. c.* 1. §. 20. idque (1) ipsi textus in *L.* 10. *C. de Non num. pec.* & *in L.* 23. *C. de Prob.* contendunt.

tendunt. Non enim dicitur, negationem per naturam probari non posse, sed negantis non esse probationem, i. e. neganti non incumbere probationem, *d. c.* 1. §. 21.

Neque OBSTAT (1) *L.* 23. *C. de Prob.* ibi: *per rerum naturam factum negantis probatio nulla est. L.* 10. *C. de Non num. pec.* ibi: *negantis numerationem naturali ratione probatio non est.* ALII respondent, per *rerum*, i. e. per *litium*, naturam negantis non esse probationem, sed suspecta illa explicatio redditur ex *d. L.* 10. unde apparet, *rerum naturam* nihil aliud esse, quam *naturalem rationem.* ALII addidere his textibus vocem *directo*, & præterea varias definitiones negativæ excogitarunt, ut (1) sit *indefinita*, vel *circumscripta tempore, loco &c.* (2) vel *simplex*, vel *prægnans;* (3) vel *facti*, vel *juris*: & tum concludunt, negativam indefinitam simplicem, & quæ facti est, non posse per naturam probari, sed determinatam prægnantem, & quæ juris est, probari quidem natura posse, at non directo, sed per indirectum. Conf. *dict. Disp. Cap.* 1. §. 3. 4. & 5. Quæ omnia late refutantur in eodem *Cap.* 1. §. 23. *seq.* Nos respondemus cum Dn. Parente, in *dd. ll.* non quæri, an negativa probari possit, an directo vel aliter possit, sed an probatio creditori asserenti, *pecuniam esse numeratam*, incumbat, an debitori neganti: & recte injungitur probatio creditoti, ex naturali ratione & jure, quo probatio est affirmantis, non negantis, *d. c.* 1. §. 19. uti id ex rationibus naturæ demonstravit *Dn. Par in dict. Disp. c.* 2. *per tot.* adeoque negativa non probatur, non quia per naturam directo probari non potest, sed quia ordo juris impedit; at si vel pars in negativa se fundat, vel affirmantis intentio probata, aut in præsumtione juris fundata est, tunc omnino naturali quoque ratione negativa probari & debet, & potest, quod late persequitur *Dn. Par. dict. Disp. c.* 3. *per tot.*

OBSTAT (2) negativam esse non ens, cujus nullæ sunt qualitates.

RESP. An propositiones: *Seja non nupsit; brutum non est juris capax, &c.* an regulæ juris: *nemo consentit, qui errat; prædo non est, qui pretium numerat, &c.* sunt non entia, cum suis constent partibus. Ita altera illa, ut vocant, figura syllogistica, qua non nisi negativæ probantur, tota esset de non entibus, *Conf. dict. c.* 1. §. 8.

Qv. VII. *An testibus productis & examinatis, adeoque probatione perfecta, liceat ulterius testes producere?*

Laut. pag. 423. verb. (1) *modum &c.*

Distinguitur in Novella 90. *c.* 4. an publicata sint testimonia, an non. *Priori* casu non licet alios producere testes *d. c.* 4. *§.* 1. *Brunn. proc. c.* 20. *n.* 83. ubi rationem addit, ne testes subornentur, qui probationem, quam producens edidicit, suppleant, idque confirmatur ex *Clementina testibus rite &c. de Testibus.* Conf. *H. Pist. L.* 4. *q.* 24. *n.* 8. *Gail. L.* 1. *O.* 105. *Reuber. in Method. tradita de testibus p.* 3. *n.* 75. *Mev. p.* 2. *dec.* 52. *p.* 3. *d.* 314. *& p.* 4. *d.* 258. *Posteriori* autem casu licet bis vel ter ad alia testimonia confugere, at non quarta vice nisi præstito juramento se noviter testes hos reperisse. *d. Nov.* 90. *c.* 4. *pr.*

In Praxi Marchiæ licet novos testes producere intra terminum probationi præfixum, eo autem elapso alios producere non licet. *Ord. Cam. Elect. t.* 38. §. 31.

Atque hæc distinctio etiam obtinet in Appellationis instantia: etsi enim ibi regula obtineat, quod *non probata probare adhuc liceat:* id tamen intelligendum saltem est de novis articulis, vel de probatione nondum perfecta: Si enim super articulis, antiquis, quorum nomine coram priore judice suscepta fuit probatio, novi producuntur testes, non audiendus erit producens. *H. Pist. d. L.* 4. *q.* 24. *per tot. & n.* 8.

Acerrime res aliquando ventilata fuit in Curia Halberstadiensi, & producens etiam in prima instantia ad ulteriorem probationem, etiam post publicata attestata, admissus fuit, prævio juramento testes novos sibi cognitos ante non fuisse, nec se calumniose vel animo litem protrahendi ad ulteriorem probationem provolare: Atque ita Curia pronunciavit (α) in causa **Scheerstedt**, contra **Wichmanshausen**, d. 23. Jan. 1696. & d. 28. Maj. 1696. (β) in causa **Marenholtz**, contra **die Gemeinde zu Döhren**, d. 9. Febr. 1699. & d. 27. Nov. 1705. ac d. 20. Nov. 1707. ubi iteratis vicibus novi testes admissi fuere, præstito qualibet vice juramento præmisso, (γ) in causa **Bohmen**, contra **Broder Curdten**, d. 19. Sept. 1693. quæ sententia ab Helmstadiensibus d. 25. Apr. 1695. confirmata, at in Oberleuterationis instantia reformata fuit a Jenensibus d. 23. Jan. 1696. quæ ipsa vero mox iterum mutata fuit, d. 23. Mart. 1702. (δ) in causa **Stempels**, contra **Baumeister-Amt**, d. 27. Apr. 1692.

1692. De hac quæstione vide late *Prukm. V. 2. conſ.* 21. *n.* 73. *ſeq. ibique late Dd. Carpz. proc. tit.* 17. *art.* 1. *n.* 86. 91. *ſeq. & p.* 1. *c.* 21. *def.* 1. *&* 2. *ibique Esbach. Vivius Com. op. L.* 1. *op.* 373. *limit.* 5. *Farinacius de teſt. q.* 75. *n.* 190. *ſeq. Rittersh. ad d. Nov.* 90. *p.* 6. 2. *Add. R. S. Nov.* §. 73.

Qv. VIII. *Quid ſit demonſtratio, vulgo* die Beſcheinigung?

Jure Civili nulla eſt probatio, niſi ordinaria, ibique regula eſt, quod actore non probante, reus abſolvatur, *L.* 4. *C. de Edendo.* At moribus, inprimis Saxoniæ, Judex juſta ratione commotus ad evitandas forſitan ambages, & difficultates probationum ordinariarum, in cauſis præſertim favorabilibus & ſummariis, nudam oſtenſionem ſeu demonſtrationem injungere poteſt, ubi rigoroſæ illæ ſolennitates Juris Civilis non obſervantur, *Mart. Proc. tit.* 20. §. 4. *n.* 83.

Atque ex his apparet (1) in omnibus cauſis, ſive ſummariis, ſive ordinariis, tamdiu ordinariam probationem requiri, donec moribus vel ſtatuto quædam cauſa excepta appareat. Sed & (2) in his ipſis cauſis exceptis regula hæc obſervanda erit, quod jura & ſolennitates, probationibus præſcriptæ, tamdiu etiam in demonſtrationibus obtineant, donec vel conſuetudine vel ſtatuto aliud receptum appareat.

His ita præmiſſis, *demonſtrationis* materiam paulo plenius examinabimus. *Demonſtrare* in materia probationis in genere denotat omnem probationem, quam ordinariam, quam ſummariam, & ſignificat rem, quæ dubia & obſcura eſt, claram & perſpicuam reddere, *L.* 2. §. 1. *ff. de Exc. tut. L.* 23. *C. de Prob. L.* 4. *C. de Fid. inſtr. Nov.* 115. *c.* 3. *in fin.* At in foro, inprimis Saxonico, receptum eſt, ut voce demonſtrationis veniat ſpecies probationis haud ordinaria. *Philipp. Diſp. de Demonſtrat. c.* 1. §. 4. *ibique Carpz. L.* 3. *Reſp.* 75. *Svend. ad Fibig. p.* 1. *c.* 2. §. 16. *lit. z.* Unde vocari ſolet oſtenſio, ſummaria demonſtratio, Germ. eine Beſcheinigung oder Beybringung, *Phil. d. l. ibique Carpz. p.* 1. *c.* 16. *def.* 16. & Articuli Beſcheinigungs-Artikel, *Mart. tit.* 20. §. 7. *n.* 47.

Locum autem habet illa demonſtratio in cauſis ſummariis, ubi Judex id æquum arbitratur, *Phil. d. l. c.* 3. §. 2. *ſeq. &* §. 4. Tempus autem, intra quod demonſtratio fieri debeat, jure non eſt definitum, ſed quovis

 ſpatio,

ſpatio, etiam elapſo termino probatorio, demonſtraturus auditur. *Phil. d. l. c.* 4. *§.* 2. *Carpz. p.* 1. *c.* 16. *def.* 16. *& L.* 3. *Reſp.* 75. *Richt. p.* 3. *dec.* 110. *n.* 12. *pag.* 46. ubi præjudicium Scabinorum Lipſienſium, *Mart. t.* 20. §. 4. *n.* 83. *Berl. p.* 1. *concl.* 38. *n.* 21. *Fab. C. L.* 1. *tit.* 12. *def.* 11. *n.* 2. *Nicol. proc. p.* 1. *c.* 48. *n.* 14. Diſſent. *Brunn. Pr. c.* 18. *n.* 15. *& Gosw. Esb. ad Carpz. d. d.* 16. etiamſi ipſe demonſtraturus dilationem ad terminum Sax. impetraverit, non enim ſibi eo termino legem præſcribere, ſed dilationem eo magis certiorare voluit. *Mart. d. n.* 83. *in fin.*

Atque hinc rectius faciet Judex, ſi certum demonſtrationi terminum in ipſa ſententia præfigat, vel poterit pars ſtatim poſt ſententiam implorare judicem, ut id faciat, *Phil. d. l.* §. 3. *c.* 4. *Fab. C. L.* 1. *t.* 12. *def.* 11. *n.* 2. *Carpz. d. def.* 16. *n.* 6. Aliquando etiam ſtatuto certus terminus denominari ſolet, quo elapſo demonſtratione cadit, *Phil. d. d. c.* 4. §. 3. *in f. Mart. d.* §. 4.

Demonſtratio fit per documenta & teſtes habiles, quales hic ſunt omnes; qui non prohibentur vel natura, vel lege, *L.* 1. §. 1. *ff. de Teſt. L.* 3. §. 1. *ff. eod.* Atque hinc nec parentes in cauſa filiorum admittuntur, ſed hi ipſo jure repelluntur, atque ita in contradictorio judicatum in cauſa **Böttcher**, contra **Oltzinne**, d. 14. Oct. 1709. Requirit autem *Phil. d. c.* 4. §. 8. ad minimum duos, licet non ſint omni exceptione majores, *arg. L.* 12. *ff. de Teſtib. L.* 217. *ff. de V. S.* Quanquam etiam unum teſtem omni exceptione majorem demonſtrationem perficere, certis quibusdam cauſis concedat, *Phil. d. l.* ubi recenſet caſus. Add. *Berl. p.* 1. *concl.* 36. ſed ut jurent, præciſe requiritur, *arg. L.* 9. *C. de Teſtibus.* niſi in ſummariiſſimo agatur, *Phil. d. c.* 4. §. 11. Atque ita obſervari ſolet in Curia Halberſtadienſi, quod poſtea edicto mutatum eſt.

Ad demonſtrationem, quæ documentis fit, articuli ut fiant, neceſſe non eſt, *Phil. d. c.* 4. §. 10. *Carpz. Proc. tit.* 1. *art.* 1. *n.* 30. *p.* 9. vid. Acta **der Reindorfiſchen Kinder**, contra **Moritz von Hagen**, **ſonſt Geiſt genannt**, d. 21. Jan. 1706. nec articuli probatoriales ordinario ſtylo **wahr** poni, neceſſe eſt: ita in contradictorio in cauſa **Windel**, contra **die zehn Innungen**, judicatum memini d. 25. Sept. 1707. Verum ſi confuſio metuatur, vel plures ſint circumſtantiæ, quæ vel ex documentis, vel a teſtibus demonſtrandæ veniunt, tutius eſt, articulos formare; quod ſi negligant, & tamen conducere id Judex arbitretur, ex officio eis injungi poteſt, atque ita per ſententiam injunctum id fuit, in cauſa **des Freyherrn von**

Mahrenholtz, contra seinen Pachter Glucken, mense Octobr. 1709. Et ut partes articulos in formam redigerent, decretum est in causa Windel, contra die zehn Innungen.

Interrogatoria etiam admittuntur, si pars velit, nec demonstrans contradicat, *Phil. d. c.* 4. §. 12. atque ita data sunt in causa Mahrenholtz, contra Glucken, & in causa Windel, contra die zehn Innungen, d. 25. Sept. 1707. At contradicente adversario non admittuntur, quod exinde patet, quia non opus est, ut parti transmittantur articuli demonstrativi ad dandum interrogatoria, *Phil. d.* §. 12. *& c. f.* §. *f.* quod falsum esset, si necessario interrogatoria concedi deberent: sed & ideo injungitur demonstratio, ut lites abbrevientur, quod non fieret, si plenæ probationis solennitates obtinerent.

Demonstratione ita peracta, conceditur quoque alteri demonstratio contraria, eine Gegen-Bescheinigung, *Phil. d. c.* 4. §. 13. *Carpz. p.* 2. *c.* 2. *def.* 17. *Mart. tit.* 21. §. 1. *n.* 7. *&* 10. *Mev. p.* 6. *d.* 300. Quæ itidem certum terminum non habet, indeque ille vel per sententiam, vel a Judice, vel statuto denominari debet.

Absoluta utrinque demonstratione, sequitur ejus publicatio. An vero disputatio attestationum permittenda est? Equidem si res demonstranda sit magni momenti, putarem, Judici integrum esse, illas admittere, *Phil. d. c.* 4. §. 15. partibusque permittere, ut de falsitate instrumentorum, contrarietate dictorum testium, horumque inhabilitate disceptent, *Mev. p.* 6. *d.* 300. *Mart. d.* §. 1. *n.* 10. *Cothm. V.* 1. *consf.* 20. *n.* 18. Si res exigua sit, rectius Judex vel nullam plane admittit disputationem, sed statim sententiam pronunciabit, vel ad evitandas omnes ambages brevem condicat terminum von Mund aus in die Feder darüber zu verfahren. *Phil. d. l.*

Qv. IX. *Quid sit Comparatio literarum, & quænam ejus sint requisita?*

RESP. Deficiente probatione ordinaria, instrumenti diffessi, in subsidium introducta est probatio per comparationem literarum. Equidem satis fallax & periculosum remedium videtur, utpote cum plurimi reperiantur, qui ita exacte alterius manum, characteres & literas in scribendo imitari queant, ut vix alteram ab altera quisque, etiam peritissimus, dignoscere valeat, ipsa docente experientia. *Brunn. ad L.* 20. *in f. C. de fid. Instr. Ruland.*

land. Tr. de Commiſſ. p. 2. *l.* 5. *c.* 38. Verum obſervatis legum requiſitis nihil fallaciæ, nihilque periculi amplius ſubeſt; unde & in foro frequenter, & cum ſumma utilitate, quin & neceſſitate adhiberi ſolet, *Trentac. Var. reſ.* 7. *pr. Laut Diſſert. de Epiſt. th.* 42. Ut vero inſtrumentum a me productum per literas alterius inſtrumenti confirmari poſſit, non ſufficiunt ſcripturæ privatæ, chirographa, epiſtolæ &c. forte ad me perſcriptæ, *l.* 20. *C. de Fid. Inſtr. Nov.* 4. *c.* 2. *pr.* utpote cùm hæ ex ratione a Brunnemanno antea adducta, occaſionem criminis & falſitatis dare poſſint, quæ ratio traditur in *d. l.* 20. id quod etiam de epiſtolis mercatorum verum eſt, *Carpz. L.* 3. *reſp.* 84. *tit.* 8. *n.* 13. *l.* 5. *ſeq.* ſed requiruntur (1) ſcripturæ forenſes & publicæ, *dd. LL.* forte in judicio exhibitæ, vel ex archivo publico depromtæ. *Auth. Ad hæc C. de Fid. Inſtr. Nov.* 49. *pr.*

Idem quoque eſt (2) ſi trium teſtium habuerint ſubſcriptionem; modo teſtes vel omnes, vel duo ſaltem, *d. l.* 20. vel Notarius ſolus, *Nov.* 73. *c.* 7. §. 1. *&* 2. de fide illius inſtrumenti deponat, ſed & iis mortuis, itidem comparatione manus teſtium vel Notarii, veritas ſubſcriptionis elici poteſt, *d. l.* 20. *ibique Goth. lit. r. Nov.* 73. *c.* 7. *pr. Goth. ad N.* 49. *pr. lit. q.*)

Sed & (3) privatæ ſcripturæ quoque comparari poſſunt, ſi ipſe adverſarius iis uſus fuerit, easque produxerit. *Auth. Adhæc C. de Fid. inſtr. Nov.* 49. *pr.* quod enim ſemel pro ſe affirmavit, contra ſe accuſare nequit. *d. N. c.* 1.

At jurare debent comparationem literarum deſiderantes, (1) quod neque lucri cauſa, (2) neque inimicitiis, neque (3) gratia tertii hujusmodi faciant comparationem, *l.* 20. *C. de Fid. inſt. Nov.* 49. *c.* 2. (4) Quod aliam probationem non habeant. Sane ſi aliam habent, qua veritatem inſtrumenti docere poſſunt, calumnia eſſet, ad hanc difficilem, ſubſidiariam & fallacem provocare probationem. Vid. *Schmid. in conſ. argent. vol.* 1. *Conſ.* 42. *n.* 72. *Maſc. de prob. concl.* 330. *n.* 11. *Salycet. ad l.* 20. *n.* 7. *C. de Fid. inſt. Harpr. ad* §. 3. *&* 4. *n.* 165. *Inſt. de Teſt. ord. Scaccias de jud. l.* 2. *c.* 11. *n.* 1057. *Umm. proc. diſp.* 17. *th.* 7. *n.* 27. *Mev. p.* 6. *d.* 278. *n.* 3. *Ruland. de Commiſſ. p.* 2. *L.* 5. *c.* 38. *n.* 3. *Brunn. ad d. l.* 20. Atque ita per tres conformes ſententias judicatum fuit in cauſa Eccard, contra Eccard, d. 19. Apr. 1709. d. 21. Mart. 1709. & d. 19. Sept 1709. Addunt quoque (5) requiri, ut comparator juret, quod circa id non aliquid egerit, quod poſſit veritatem immutare, *Klok. tom.* 2. *Conſ.* 44. *Peregrin. Conſ.* 101. *n.* 8. *Vol.* 2. Eaque formula ita refertur in *Nov.* 73. *c.* 7. Verum hoc jam implicite con-

tinetur

tinetur ſub *n.* 1. Si enim mutavit aliquid ſupprimendæ veritatis cauſa, hoc ipſo improbi lucri cauſa, comparationem inſtituit; indeque ea formula juramento inſerta non fuit *in dicta cauſa.*

Qv. X. *Quotuplices ſint præſumtiones, & quinam earum effectus?*

Resp. Alia eſt PRÆSUMTIO JURIS, quæ fundatur in aliqua regula juris: & ſi partis intentio in ea fundatur, transfertur onus probandi in alterum. *L.* 19. *L.* 25. §. 1. *L.* 16. *C. h.* Hæc ergo non eſt meri facti; ſed ob præſumtionem juris habetur pro probata, *C. ult. X. de Præſumt.* v. g. ſi prædia ſibi donata contendit, id probare allegans debet, etſi poſſideat, quia præſumtio juris alleganti & poſſidenti contrariatur. *d. L.* 16. *d. L.* 25. Ita ſi quis libertatem a collectis prætendit, eam probare debet, etſi ſit in poſſeſſione libertatis. Vid. *infr. tit. de Vacat. mun. vid. late Diſp. de direct. prob. neg. c.* 3. §. 5. *Laut. pag.* 424. *verb. eſtque vel juris &c.*

Alia eſt PRÆSUMTIO JURIS ET DE JURE, ubi in pœnam, vel ob utilitatem publicam aliquid pro vero habetur, ita ut nec contrarium probari poſſit. Ita præſcriptio nititur præſumta quadam negligentia: *d. Diſp. c.* 4. §. 7. 13. & 14. *Laut. pag.* 424. *verb. vel juris & de jure &c.*

Alia eſt PRÆSUMTIO HOMINIS, quando ſcil. Judex ex negotii circumſtantiis aliquid præſumit: hæc præſumtio nullum effectum habet, & falſum eſt: *tamdiu pro vero haberi, donec contrarium probetur,* uti putat *Lauterbachius h.* Nam (1) actore non probante, reus abſolvitur, non probat autem, qui ſaltem præſumtiones pro ſe habet: atque ita (2) regula, quod actori incumbat probatio, ſemper elidi poſſet, ſi ille quasdam præſumtiones pro ſe allegaret, ſed & reus alias præſumtiones allegando denuo in actorem transferre probationem poſſet, & ſic in infinitum. Aliquando tamen tot præſumtiones concurrere poſſunt, ut plenam probationem efficiant. *Diſſent. Laut. pag.* 424. *verb. vel hominis.*

Plenius hanc rem explicavit *B. Par. in diſp. de directa probatione negativæ c.* 3. §. 8. *ſeq.* ubi ita diſſerit: Hinc e contrario ſi actori initio incumbat probatio, isque ex facto præſumtiones & conjecturas afferat, (quas dicere ſolent præſumtiones hominis) nunquam illæ transferunt onus probandi in reum, cum actor, ut debeat, non probaverit. Neque vero quicquam ab omni ratione, & prope a ſenſu abhorrere magis videtur, quam illorum Interpp.

terpp. fectentia, qui, promifcue præfumtiones transferre in alterum onus probandi, exiftimant, adeo, ut quidam non erubefcant dicere, actorem, qui vel unam pro fe præfumtionem habet, transferre onus probandi in reum. Hoc plane rejicimus (1) quia eo pervertitur tota illa ratio naturalis, quod actori probatio incumbat. Per hanc etenim fententiam nunquam actori probatio incumberet, fed femper defungi præfumtiuncula aliqua poffet, eoque rejicere hoc onus in reum, (2) perverteretur quoque illa juris regula: Quod actore non probante, reus abfolvatur. *L.* 4. *C. de Edend.* Nam fi actor faltem indicium aliquod allegaffet, quo minime probat, reus tamen non abfolvendus, fed ei probandi onus imponendum effet, contra textum expreffum in *d. L.* 4. (3) fi actori, cui incumbit probatio, permiffum eft, allata faltem præfumtione aliqua, transferre probandi vices in reum, idem poftea reo quoque multo magis concedendum foret per *L.* 41. *&* 125. *de R. J.* qua proinde ratione reus, fi præfumtionem faltem elicere e facto poffet, viciffim onus probandi rejiceret in actorem, & hic iterum in reum, & fic in infinitum, quo nihil abfurdius. Repugnat quoque quotidianus fori ufus, quo, fi actor deficit in probatione plena, caufa cadit & reus abfolvitur juxta *d. l.* 4. *C. de Edend.* Id probat inprimis Cameræ Imperialis praxis, & referendi forma, quæ eft, ut primum quæratur, an actio, & deinde an probata fit? Ea vero non probata, perpetuo infertur reum abfolvi debere: uti Correferens apud *Gilmann: Supplic. Camer. Part. I. tit.* 2. *num.* 162. *pag.* 115. etfi actores aliquatenus probaverant, tamen, quia non plene, reos abfolvendos effe, ita infert; *Concludo itaque, actionem intentatam NB. non fufficienter probatam, NB. ideoque reos abfolvendos.* Quod & pluribus aliis relationibus oftenditur. Idem docet perpetua illa, & ufitatiffima pronunciandi formula: Daß Kläger, was ihme zu beweisen obgelegen, und er sich angemasset, wie Recht beständig, nicht erwiesen, und dahero Beklagter von angestellter Klage zu entbinden seye. Vitiofe vero ex eo, quod actor fufficienter non probaffet, inferretur, rerum abfolvendum effe, fi reo, tametfi actor plene non probaffet, fed faltem præfumtionem aliquam afferre poffet, incumberet probatio. Atque ita Dd. etfi aliquando generaliter loqui videantur, tamen ubi explicatius rem tradunt, regulam, quod præfumtio transferat onus probandi in adverfarium, reftringunt ad eam præfumtionem juris, in qua pars fe fundat *Berlich. P.* 1. *C.* 37. *n.* 15. *&* 16. *Andr. Vallenf. ad T. X. de Præfumt.* §. 4. *n.* 4. *& feqq. Carpz. L.* 1. *R.* 66. *n.* 9. & 67. *n.* 9. & *R.* 68. *n.* 9. fatisque accurate *R.* 80. *n.* 4. ubi ait: *Sufficere, regulam juris pro actore effe, quæ præfumtionem inducit.* Ejusque rei rationem haud ineleganter reddit *Dec. Conf.* 397. *n.* 4. quod judex in dubio fecundum regulam judicet, adeoque, donec aliud appareat, quæ quafi eft exceptio. Et ita eft: quemadmodum exceptio non tollit regulam, fed

ſed ea certa liquidaque eſt, ita qui ea nititur, liquido jure utitur: niſi ab altera parte probetur, eaſum inde exemtum eſſe. Hinc ergo denique manifeſte ſequitur, ſenſus *l.* 10. *C. de non num. pec.* & *l.* 23. *C. de prob.* ſc. quod per jus Naturæ ſeu naturali ratione, probatio incumbat affirmanti, eoque regulariter actori; non vero neganti, quia actor rem incertam in judicium affert *ſup.* §. 19. Et ſecus adeo eſſe, quando ille probando actionem ſuam certam reddidit, vel quando ejus intentio regula vel præſumtione juris fundatur, eoque pro vera ac probata habetur, donec contrarium alter oſtenderit: Atque adeo hanc eſſe genuinam & indubiam *dd. LL.* ſententiam. Quid vero de præſumtiône juris & de jure, an illa admittit probationem in contrarium? Diſputant Dd. ſed non convenit inter eos, quid hoc nomine veniat: Eſt enim illud a Dd. confictum, & veluti barbarum certam ſignificationem non habet. Verum quicquid ſit, dicendum omnino, non excludi hac præſumtione probationem contrariam, quam ne vera quidem probatio excludit *ſup.* §. 5. Quodſi igitur, ubi actor plene probavit, adhuc permittitur reo der Gegen = Beweiß, equidem non poterit ei denegari probatio contraria, ubi actor ſaltem præſumtione, etſi fortiſſima, nititur. Sed exceptio eſt, cum quædam præſumtio ac interpretatio a lege fit, contra partem in pœnam ejus: uti, cum dominus patitur uſucapi, in pœnam negligentiæ intelligitur alienaſſe: per *L.* 29. *de R. J.* &, cum quis ædificat in alieno ſolo, quod ne quidem poſſidet, materiam donaſſe intelligitur §. 13. *J. de R. D. L.* 2. *C. de R. V.* quia hæc interpretatio juris non tam accipitur a præſumta voluntate, ſed in pœnam negligentiæ, vel malæ fidei. Neque enim ideo hoc ſtatutum eſt, quia credantur ita voluiſſe; ſed contra creduntur ita voluiſſe, etſi noluerint, ut puniatur eorum negligentia, vel mala fides. Et hinc eſt, quod tum non admittitur probatio in contrarium, quia non præſumuntur, quam in pœnam ſuam ita voluiſſe intelliguntur.



LIB. XXII. TIT. IV.

DE FIDE INSTRUMENTORUM ET AMISSIONE EORUM.

Qv. I. *An Notarii putativi, sive falsi, instrumenta valeant?*

Laut. pag. 472. verb. *Notarii putativi &c.*

NEGATUR: Quia nullam fidem habent, nec ab officio, nec a sua persona.

OBJ. *L.* 3. *ff. de Off. Præt.* ibi: *cum servus esset*, & mox: *nihil ei servitutem obstitisse.*

RESP. (1) Ibi publico errore pro notario habetur, tunc enim ex æquitate valet, quod gestum est.

RESP. (2) Loquitur de vero Notario creato, sed qui talis esse non poterat, forte quia servus est, hujus acta valent.

Qv. II. *Quomodo indictio computari debeat?*

Laut. pag. 418. verb. *si per quindenos &c.*

RESP. Tempus currens poni debet v. g. Ann. 1716. & tum adjunguntur tria (quia scil. indictiones triennio ante Christum natum cœpere), indeque fient 1719. Hæc jam dividi debent cum 15. qui (sunt anni indictionis), & tum calculo subducto remanebunt 114. interdictiones.

12.
28(9
1719 | 114.
1555
11

Qv. III. *An instrumentum probetur hoc ipso, quod ejus mentio fiat in sequenti publico?*

Laut. pag. 429. verb. *neque instrumentum.*

NEGATUR: (1) Quia posterius instrumentum nihil asserit, sed saltem refert; (2) posterior deceptus esse, adeoque ex errore prius probasse potuit.

EXC. (1) Nisi ab iisdem personis confectum sit, *Lauterb. h. p.* 429. (2) Nisi exempla ex Archivo proferantur, *Auth. Ad hæc. C. h.* vel (3) alter

alter ſemel agnoverit, *d. Auth.* aut (4) alius citata parte coram Judice deſcripſerit. *ibid.*

Qv. IV. *Quid requiratur, ut libri mercatorum ſemiplene probent?*

Resp. Requiritur (1) ut mercator ſit integræ vitæ; (2) ut liber contineat data & expenſa; item (3) cauſam debendi; quibus Gailius addit (4) ut ſcriptus ſit a mercatore ipſo: at verius eſt, ſufficere ſcriptum vom Buchhalter: modo (5) res ad mercaturam pertineat; nec (6) ſumma ſit adeo magna. *Brunn. paratitl. h. q.* 35.

Not. 1. Hi libri plene probant contra mercatores. *Brunn. d. q.* 35.

Not. 2. Mercator hos libros edere tenetur ei contra quem agit. *Brunn. paratitl. d. Edend. q.* 29. *Stryk. Uſ. Mod. ff. tit. de Edend.* §. 20. per *Auth. Ad hæc. C. de Fid. inſtr.*

LIB. XXII. TIT. V.

DE TESTIBUS.

Qv. I. *An probatio per teſtes ſit a jure naturæ, quænam ejus ſit ratio & quotnam teſtes requirantur?*

Egregie rem explicat *B. Parens in diſput. de directa probatione negativ.* ubi *c.* 1. §. 5. *& ſeq.* verba ita ſe habent: Eſt autem probare, fidem judici facere, & quod tum, cum allegatur, dubium incertumque eſt, certum reddere: eoque ſuſpenſum adhuc judicis animum conſtituere. Unde *Donell. Comment. lib.* 25. *in pr.* probare a probo ducit: quod probare, ſit efficere ut probum verumque judicetur; Judici autem probatio fieri dicitur, non, quod ſufficiat ſolum judicem ſcire, ac fidem habere, ſed, quia ille arbitratur, ſatisne ita probatum ſit, ut omnibus conſtare poſſit. Atque hinc *Quintilianus Inſtit. orat. lib.* 5. *c.* 8. in genere probationem, ait, *conſtare rebus ad fidem faciendam poſitis.* Nec alio ſenſu admittimus, quod *Donellus d. l.* inquit: *non alii rem probari debere, quam judici.*

Equidem certitudo omnimoda in factis hominum vix occurrit, niſi per evidentem inſpectionem, ſeu inſtrumenta indubitata. Teſtes enim errare poſſunt, vel fallere, etſi honeſtiſſimi habeantur. Quemadmodum Cicero *in Orat. pro M. Fontejo c.* 13. refert: *In cauſa Q. Pompeji, ne quidem quatuor præ-*

lariſſimis Romanæ civitatis viris, duobus Metellis & duobus Cæpionibus in eum, etſi novum hominem, creditum fuiſſe. Nec numerus teſtium natura definitus videtur, & Jur. Can. non reſtringitur, niſi ad numerum quadragenarium *c.* 37. §. *volentes. X. de Teſtib.* Sed quantuscunque ſit, omne dubium non tollitur, cum neceſſario veritas inde non inferatur; Ita tota prope Judæorum civitas, contra ſervatorem noſtrum, & integræ Scholæ contra Stephanum falſos teſtes ſubornarunt. *Act.* 6. *v.* 11. *& ſeq.* Quid vero falſi, ſi auditi fuiſſent, ipſi non dixiſſent, qui ad dicendum falſum alios ſubornabant, ac inſtruebant?

Certum vero, omnique jure divino, humanoque cautum eſt, ne unius teſtis, etſi honeſtiſſimi, aſſertioni credatur. *l.* 9. *C. de Teſtibus. c.* 10. & 23. *X. Eod.* ibi: *in qualibet cauſa*, & ibi: *nulla eſt cauſa, quæ unius teſtimonio terminetur.* Ita DEUS ipſe ſtatuit: *Ne ſtet teſtis unicus, teſtaturus in ullum hominem ullius delicti cauſa, qualecunque ſit delictum. Deut.* 19. *v.* 15. *Num.* 36. *v.* 30. Quid enim fallacius hominis alicujus ſermone? Nec ulla vanior aut levior illatio, quam ideo certum indubiumque quid ſtatuere, quod quisquam id dixerit. De M. Æmilio Scauro, Principe olim civitatis, refert Cicero, neminem eo in civitate Romana majore autoritate fuiſſe; & tamen bis rejectum eſt hujus teſtimonium, ſemel in cauſa Fimbriæ, iterumque in cauſa Memmii. Verba relatu digna hæc ſunt; *Ecquem hominem videmus, ecquem vere commemorare poſſumus, parem conſilio, gravitate, conſtantia, cæteris virtutibus, honoris, ingenii, rerum geſtarum ornamentis M. Æmilio Scauro fuiſſe? Tamen hujus, cujus injurati nutu prope terrarum orbis regebatur, jurati teſtimonio, neque in C. Fimbriam, neque in C. Memmium creditum eſt. Cic. Orat. pro M. Fontej. n.* 14. Idem mox alterum affert exemplum L. Craſſi; *Quantus*, inquiens, *in L. Craſſo pudor fuerit, quantum ingenium, quanta autoritas, quis ignorat? tamen is, cujus etiam ſermo teſtimonii autoritatem habebat, teſtimonio ipſo, quæ in M. Marcellum inimico animo dixit, probare non potuit. Si in tanto viro affectus fidem mutare potuit, quid de aliis exſpectandum?*

Nimis igitur genio ſuo indulgere videntur Dd. qui varios caſus cumulant, quibus unum teſtem ſufficere, contra omnium jurium decreta, tantasque autoritates, absque autoritate, ſuo libitu, ſummo cum plurimarum cauſarum diſpendio ac periculo fingunt, nullos probant. Sed & Cicero nimia Africani ſui veneratione abreptus videtur, cum eum in ſua cauſa teſtem quidem non admittendum ait, ſed admiſſo veretur, ne credendum ſit. Ita enim in *Orat. pro S. Roſc. Amer. n.* 103. loquitur: *Africanus, qui ſuo cognomine declarat tertiam partem orbis ſe ſubegiſſe, tamen, ſi ſua res ageretur, teſtimonium non diceret; nam illud in talem virum non audeo dicere, ſi diceret non crederetur.* Quando ſanius de Scauro & Craſſo ſenſerat.

Talis

Talis igitur certitudo, cum plenaria ſperari vix poſſit, in jure admittitur, qualis inter homines commode haberi poteſt, & admitti inter ipſos ſolet. Et certum adeo hic dicimus, quod in vita civili pro certo probatoque eſſe, & haberi ſolet.

Eſt tamen haud parum certitudinis in plurium teſtium conſenſu, ſi rite intervenerit: non propter numerum, ſed propter conſenſum, quem efficere non poteſt, niſi una veritas; unica enim ſemper eſt veritas, nec variat: at fingi, & fingendo in infinitum variari poteſt.

Ut itaque conſenſus ille rite eliciatur, nec ſuſpecta ſit veritas, cavendum erit, ne ad teſtium notitiam, quid rogandi ſint, ante veniat, quam rogentur: tum, ne inter ſe de circumſtantiis cauſæ convenerint. Quam in rem optimus, nec omninó negligendus eſt uſus fori, ut inter generalia interrogatoria teſtes rogentur: **Ob Zeuge wiſſe, warum Er citiret ſeye, und woher? Ob jemand dieſer Sachen halber mit ihme geredet? ob er ſich mit ſeinen Nebenzeugen dieſer Sachen halben beredet ꝛc.** Quod, ſi jurati hæc capita negaverint, & tum judex prudenter ac ſagaciter circumſtantias omnes ex teſtibus ſingulis ſeorſim quæſiverit, ipſique in iis conveniant; vix eſt, ut ulla falſi ſuſpicio ſupereſſe poſſit; is enim conſenſus, cum a divinatione non poſſit, a veritate iſte ſit, oportet.

Hac itaque ratione, ſi examen fiat, dicendum eſt, non civili tantum, ſed & naturali jure ex duorum teſtium, cætera idoneorum, conſenſu plenam oriri probationem ac certitudinem. *l.* 12. *ff. de teſtib. c.* 23. *X. Eodem.* Idque utriusque fœderis ſacri autoritas firmat: *Deut.* 17. *v.* 6. *Hebr.* 10. *v.* 18. quam & Servator allegat *Joh.* 8. *v.* 17. *In lege veſtra ſcriptum eſt, duorum hominum teſtimonia veritatem facere.* Qui & alias hanc regulam probat: *In ore duorum, vel trium, conſiſtit omne verum*, *Matth.* 18. *v.* 16. eumque ſequitur Apoſtolus 2. *ad Cor.* 13. *v.* 1.

Hinc autem apparet, quantopere a ſententia Servatoris & ſacrarum literarum receſſerit, eamque penitus inverterit Pontifex in *c.* 10. *&* 11. *X. de Teſtam.* ubi jus civile, quo teſtamentum, niſi coram ſeptem teſtibus confectum, non valet, rejicit & improbat, quaſi a divina Lege & Sanctorum Patrum inſtitutis, & a generali conſuetudine alienum; cum ſcriptum ſit: *in ore duorum, vel trium teſtium, ſit omne verum.* Certo enim certius eſt, his verbis improbari numerum teſtium minorem binario, vel ternario, non majorem, nec vetari, ne plures tribus teſtes adhibeantur, ſed ne unus: uti diſer-

disertissime id *Num.* 36. *v.* 30. *Deut.* 17. *v.* 6. *cap.* 19. *v.* 15. & in ipso jure Can. *c.* 23. *X. de Testib.* exponitur: in quibus omnibus duo, vel tres testes expresse opponuntur uni, non pluribus.

Qv. II. *An pubertati proximi testes sint idonei?*

Dissent Laut. pag 431. verb. *non etiam &c.*

NEGATUR: (1) Quia ad deponendum, uti contrahendum, judicium natura maturum requiritur; nam & depositio illa est judicii ac intellectus; at ante pubertatem non esse judicium maturum, demonstravit Dn. Parens in *Lectionibus Grotianis*. Cum ergo (2) talis pubertati proximus ne in causis propriis quidem valide quid agat, nedum in præjudicium tertii aliquid agere poterit. Et cum (3) talis ætas immatura, lubrica, inconstans, affectuum impotens, ac facile corruptioni obnoxia sit, certa inde ac legalis fides esse non potest. Atque hinc (4) nec jusjurandum ei deferri potest, *L.* 34. §. 2. *de Jurej.* ob fidei debilitatem, & perjurii metum. Nec adeo (5) testis esse, qui non est, nisi juratus, *L.* 9. *C. h.* Idque (6) in terminis ita traditur in *L.* 3. §. 5. *h.* ibi: *impuberes.* & *L.* 19. §. 1. *h.* ibi: *pupillis.* Accedit (7) ratio generalis in *d. L.* 3. §. 5. quod quidam *ob lubricum consilii sui* non admittendi sint ad testimonium. Idque (8) confirmatur ex *L.* 15. §. 1. *de Quæst.* ibi: *Nec tamen consequens est, ut etiam sine tormentis eisdem* (scil. minoribus 14. annis) *credatur, nam aetas, quae adversus asperitatem quaestionis eos interim tuetur, suspectos quoque eosdem facit, ad mentiendi facultatem.*

OBJ. (1) Ratio autoris, quod nullibi prohibeantur, nec natura impediantur.

RESP. Contrarium jam demonstravi tum ex rationibus naturæ, tum ex Legibus Romanis.

OBJ. (2) *arg. d. L.* 3. *§.* 5 *& d. L.* 18. *§.* 1. *h.* ubi prohibentur saltem impuberes & pupilli, non ergo pubertati proximi.

RESP. Continentur etiam pubertati proximi, tum quia eadem est ratio, tum propter *d. L.* 15.

OBJ. (3) *L.* 111. *de R. J.* ubi pubertati proximus dicitur esse capax injuriæ.

RESPOND. Est capax injuriæ; at non negotii gerendi & probandi contra alios, tantum ergo comparatur puberibus ratione doli, &

ub

ubi de proprio crimine & damno agitur; nam illa malitia æque corrigi poteſt in pubertati proximo, ac in pubere; ſecus, ſi agatur de damno & præjudicio tertii, quod ex depoſitione pupillari metuendum eſſet.

Qv. III. *An infamia juris laborantes poſſint eſſe teſtes idonei?*

NEGATUR: (1) Quia integræ frontis homo requiritur, *L.* 13. *h.* (2) ob *L.* 3. *pr. h.* ibi: *an honeſtae & inculpatae ſit vitae, an vero notatus quis & reprehenſibilis,* & mox: *quod honeſta ſit.* (3) Non carere dicitur ſuſpicione teſtimonium, ſi perſona ſit notata, & non honeſta, *L.* 3. §. 5. *in f. ff. h.* ibi: *alii vero propter notam & infamiam vitae ſuae admittendi non ſunt ad teſtimonium.*

Laut. Pag. 432. verb. *ſcil. qui juris infamia &c.*

OBJ. Quod non omnes prohibiti ſint, qui admiſſi non faciunt plenam probationem. *d. L.* 3. *pr.*

RESP. Si non plenam faciunt fidem, non poſſunt idonei & legitimi teſtes videri, quod ſolum quæritur. Et falſum eſt, in *d. L.* 3. admitti aliquos, quorum dubia eſt fides; aliorum enim præ aliis major fides eſſe poteſt, etſi utrorumque plena ſit fides: dantur enim gradus.

OBJ. *L.* 1. *ſ.* 1. *h.* ubi omnes, qui non prohibentur, admittuntur ad teſtimonium.

RESP. Atqui infames prohibentur.

OBJ. *L.* 3. §. 5. *L.* 13. *L.* 15. *L.* 21. *ff. h. t.*

RESP. In his omnibus diſerte excluduntur infames, & ipſe Autor fatetur, eſſe ſuſpectos; ſuſpecti autem non ſunt teſtes idonei. *d. L.* 3. *pr. h.*

Qv. IV. *An prodigi ſint teſtes idonei?*

NEGATUR: (1) Quia in teſtamentis excluduntur, §. 6. *Inſt. de Teſt. ord.* nedum in judiciis inprimis cum argumentum a teſtamento ad judicia valeat. *L.* 20. §. 5. *h.* Quin (2) minus teſtes admittuntur in judiciis, quam in teſtamentis, quia hic etiam admittuntur vere ſuſpecti. Sed & (3) prodigi in materia probationis comparantur furioſis. Accedit (4) quod prodigus homo vilis dicatur, *L.* 11. §. 1. *de Dol. mal.* indeque concludit *Laut. pag.* 432. eum non eſſe teſtem omni exceptione majorem.

Laut. pag. 432. verb. *alibi adhibiti &c.*

Qv. V. *An fœminae etiam Jure Canonico in caufis criminalibus teftes effe poffint?*

Laut. pag. 432. verb. *etiam de Jure Canonico.*

AFFIRM. *L.* 33. *X. h.* ibi: *five fœminas.* & *Can. Ex eo &c. c.* 15. *q.* 5. Conf. *Laut. h. pag.* 432.

OBJ. *C.* 10. *X. de V. S.* ibi: *varium & mutabile femper fœmina &c.* & *Can.* 17. *c.* 33. *q.* 5. ibi: *nec teftis effe &c.*

RESP. Intelligendi funt hi textus, de teftibus teftamentorum & fimilium caufarum: ubi fimul notandum, Canones antiquos fidem non habere.

Qv. VI. *An libertus contra patronos teftari poffit?*

Laut. pag. 434. verb. *his patroni &c.*

NEGATUR, per text. expr. in *L.* 12. *C. h.*

OBJ. *arg. L.* 4. *h.* ubi liberti inviti non coguntur effe teftes, adeoque volentes poffunt.

RESP. Argumenta a contrario in Jure non valent, neque enim fequitur: inviti cogi non poffunt, ergo volentes poffunt; nam, id facere eos non poffe, patet ex *d. L.* 12.

Qv. VII. *An frater teftis idoneus fit in caufa fratris?*

Laut. pag. 434. verb. *fratres regulariter &c.*

NEGATUR, *arg. L.* 4. *ff. h.* ubi frater *contra* fratrem fuum volens teftimonium dicere poteft; igitur *pro* fratre, nec volens, admittitur; quia ob conjunctionem funt fufpecti.

OBJ. *L.* 1. *§. h.* ubi omnes, quibus non interdicitur, teftes effe poffunt.

RESP. Immo fratribus interdicitur ob fummam conjunctionem.

Qv. VIII. *An clerici in caufa laicorum ad teftimonia jurato dicenda cogantur?*

Laut. pag. 435. verb. *etiam clerici.*

AFFIRM. *L.* 9. *pr. C. h.* ubi in genere omnes teftes, ac honeftiores quoque, adeoque & clerici, juramenti vinculo adftringi debent; & *L.* 16. *C. h.* ibi: *unumquemque cogi cum facramenti praeftatione.* Add. *C.* 51. *X. h.*

OBJ. *Auth. Sed. Judex. C. de Epifc. & cler.* ibi: *non tamen juret &c.*

RESP. Spuria eft hæc *Authentica*, nec in *Nov.* 117. habetur, uti bene obfervavit *Dn. Berger. h. q.* 4.

LIB.

LIB. XXII. TIT. VI.

DE

JURIS ET FACTI IGNORANTIA.

Qv. I. *An error juris noceat?*

RESP. Nunquam nocet ei, qui *jus ſuum* petit, *L.* 7. *h.* nam tunc certat de damno vitando; at nocet ei, qui *alienum* quid petit, *d. L.* 7. *L.* 8. *h.* quia certat de lucro captando.

Qv. II. *An error procuratoris noceat domino?*

Vid. *ſupr. L.* 3. *tit.* 3. *quaeſt.* 14.

Qv. III. *An & quatenus dolus vel error advocati noceat clienti?*

RESP. Advocatus vel doloſe quædam negligit, & inſtrumenta, quæ in manibus habet, non allegat, vel prævaricatur. Si hoc docueris, denuo de cauſa principali quæritur. *L.* 1. *C. de Adv. diverſ. judicior.* Si vero errore aliquid ſcriptum vel allegatum fuerit, tunc diſtinguitur, an error juris ſit, an facti; ILLE nunquam nocet; quia nec ab ipſo domino commiſſus nocet, *L.* 7. *C. de Jur. & fact. ign.* Sed Judex jura ſupplere tenetur. *L.* 1. *C. Ut quae deſunt advocat. part. Judex ſuppleat.* HIC itidem non nocet domino regulariter, *l.* 2. *C. de Error. adv.* ſed durante negotio, adeoque ante ſententiam revocari poteſt, *d. L.* 7. *L.* 4. *in f. ff. de noxal. act.* §. 35. *Inſt. de Act.* modo de errore doceatur, *d. L.* 2. inprimis ſi revocans certet de damno vitando, alter vero de lucro captando, *Mev. p.* 2. *dec.* 45. *n.* 9. *& part.* 7. *d.* 134. Idque verum eſt, etſi confeſſio ſit jurata. *Gonzal. tom.* 1. *p.* 326. *n.* 4. *n.* 26.

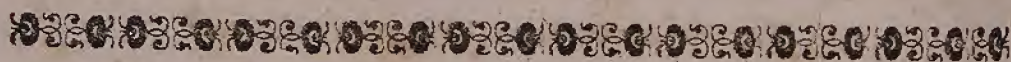
Exc. (1) Si præſente domino aliquid allegetur, nec ille triduo contradicat, aut appellationis remedio utatur, *L.* 1. *L.* 3. *C. de Err. adv.* tunc enim non niſi ex cauſis, quibus res judicata retractatur, error revocari poteſt. *d. L.* 7. *d. L.* 1. *d. L.* 3.

Exc. (2) Si finitum eſt negotium, revocari non poteſt confeſſio, *Gonzal. t.* 1. *p.* 326. *n.* 4. *&* 25. niſi juſta reſtitutionis cauſa ſit. *Fab. C. L.* 2. *tit.* 6. *def.* 1. *arg. L.* 1. *ff. Ex quib. cauſ. maj.*

Obj. *L.* 3. *ff. de Confess.* ubi qui fatetur, se occidisse, tenetur ex confesso licet non occiderit, adeoque error nec durante negotio revocari potest.

Resp. Loquitur de errore, quem confessus non probat, nam tunc licet vere innocens fuerit, tamen tenetur; quia confessio præsumtionem contra eum facit, donec probaverit contrarium. Secus ergo, si innocentiam demonstraverit; nam tunc absolvendus est. *L.* 23. §. *f.* *L.* 24. *L.* 25. *pr. ff. ad L. Aquil.*

Atque hinc cum Advocatus clientem hæredem esse asseverasset, postea vero hanc confessionem revocasset, & errorem probasset, in Curia Halberstadiensi pro valida hæc revocatio declarata fuit, lite nondum finita, in causa Otten, contra Otten, imprimis, quia error juris erat, qui fœminis nocere non debet. *L.* 13. *C. de Jur. & fact. ign.*



LIB. XXIII. TIT. I.

DE SPONSALIBUS.

Qu. I. *An computatio canonica differat a civili?*

Laut. pag. 436. verb. Canonica &c.

Negatur: idque (1) ex modo computandi demonstravit *Dn. Parens in Disp. de Proportionibus*, §. 5. & 6. (2) ex *C.* 1. *vers. fratres. c.* 4. *XXXV. q.* 5. *dict. Disp.* §. 6. (3) ex *C. f. de Conf. & aff. dict. Disp.* §. 8. (4) ex *C.* 3. *eod. ibid.* §. 8. (5) per textum expressum, in *c.* 2. *XXXV. q.* 5. (6) quia ratio computandi, quæ in *L.* 6. §. 10. *de Gradibus* exstat, etiam in Jure Canonico obtinet; (7) ex *c.* 6. *XXXV. q.* 5. qui textus ex §. 7. *I. de Grad. & L.* 1. *ff. eod.* desumtus videtur.

Obj. Quod in nuptiis unius tantum lineæ gradus computentur; unde regula in gradu æquali est: *Quo gradu alteruter a communi stipite proximo, eo inter se distant;* in æquali: *Quo gradu remotior a communi stipite proximo, eo inter se distant;* quæ sane alia ratio computandi est, ac Jure Civili.

Resp. Verum est, in nuptiis aliquid speciale esse, ratione modi computandi, & regulam illam de gradu æquali tradi in *c.* 3. *X. de Conf.* de inæquali in *c. f. eod.* at rationem hujus specialitatis dedit *Dn. Par. in Disp.* §. 8. Sufficit nimirum, remotiorem gradum numerari, omisso altero, quia si ille extra gradus prohibitos est; multo magis alter quoque erit. Non vero adeo insani fuere Canonistæ, quod putarint, omnes illos in uno gradu fuisse. Hinc jam apparet, in successionibus etiam feudorum frustra quæri, an computatio Canonica,

nica, an Civilis obtineat, quia extra nuptias non differunt. *Dn. Par. Hyp. Jur. Feud. tit.* 7.

Qv. II. *An soluto matrimonio tollatur affinitas?*

Resp. Tollitur affinitas quoad personam defuncti, quia mors omnia jura solvit, sed manet ratione agnatorum defuncti, atque hinc eædem prohibitiones nuptiarum, eademque jura affinitatis in defuncti agnatis obtinent. *Laut. pag.* 437. verb. *soluto &c.*

Obj. §. 6. & 7. *I. de Nupt.* ibi: *quod & ipsum dissoluta affinitate obtinet.*

Resp. Dissolvitur affinitas ratione jurium defuncti, non vero ratione reliquorum jurium; mortua ergo uxore cessat affinitas cum privigna, quia ea per solam conjunctionem contrahitur, quæ jam cessat, sed effectus affinitatis semel cœpti durant.

Qv. III. *An in affinitate sint gradus?*

Negatur, §. 7. *Inst. de Nupt.* quia gradus saltem per generationem constituuntur, indeque in affinitate dari non possunt, quia affinitas per nuptias, non per generationem contrahitur. *Laut. pag.* 437. verb. *non autem gradus &c.*

Obj. *L.* 10. *pr. de Grad.* ibi: *gradus & affinium.*

Resp. Proprie gradus non sunt, sed cum intersit aliquando, scire, an uxoris meæ sit parens, an soror, an neptis, hinc distinctionis gratia gradus conjugis numerantur, *ita, ut quo quis gradu conjugi meae cognatus est, eodem mihi sit affinis*, atque hactenus gradus dicuntur. *Hyp. Inst. tit. de Nupt.* §. 14.

Qv. IV. *Quomodo differant sponsalia de futuro, & de præsenti?*

Resp. JURE CIVILI omnia sponsalia sunt de futuro, eaque dicuntur, quæ *vel* cum sponsæ parentibus contrahuntur, ipsa consentiente, vel non contradicente, *l.* 4. *l.* 5. *l.* 11. *l.* 12. *de Spons.* (quia hic mos Romanorum, & ea verecundia sexus fuit, ut non virgo ipsa se sponderet sponso, sed is, cujus curæ illa commissa fuit, uti id ex *Gellio L.* 4. *Noct. Att. c.* 4. *ex Terentio in Aulul. Act.* 2. *Sc.* 2. *& in Trinumm. Act.* 5. *Sc.* 2. item *ex Ovidio & Virgilio* probat *Dn. Par. in Disp. de Matrim. nom. Sect.* 3. §. 11. & 12.) unde pater, si non elocet filiam, tenetur ad id, quod interest, *Brisson. L.* 1. *de Sponsal. vel*, quæ cum ipsa sponsa fiunt, adeoque ubi illa consentit, ad eum effectum, ut de futuris nuptiis tractetur, quo casu nudi tractatus sunt, unde nulla obligatio vel actio ad id, quod interest, nec ullus alius effectus esse potest, quam arrharum, si quæ forte interim datæ sunt, dispendium, aut dupli restitutio. *L.* 1. *L.* 5. *C. de Spons. arg. L.* 17. *vers. illud etiam. C. de Fid. instrum. dict. Disp. Sect.* 3. *Laut. pag.* 437. verb. *de futuro.*

 §. 13.

§. 13. & 14. Quando autem cum ipsa sponsa consentiente patre contrahitur, tunc sunt ipsæ nuptiæ, *pr. Inst. de Nupt.* unde ipsa sponsa obligatur ad conjugii consummationem. *dict. Sect.* 3. §. 13. Atque hinc etiam Jur. Can. regula est, quod quoties inter ipsos sponsum & sponsam fiunt sponsalia, in dubio præsumantur sponsalia de præsenti, quæ sunt ipsæ nuptiæ. *c.* 26. *X. de Sponf. Beust. de Sponf. c.* 9.

Atque in eo omnes hactenus Doctores consensere, Jure Civili omnia sponsalia esse de futuro, sponsalia autem de præsenti nihil aliud esse, quam ipsas nuptias. Hinc merito miratur Dominus Parens, Huberum etiam Jure Civili sponsalia de præsenti statuisse, quæ a nuptiis differrent, ita enim ait in *Disp. de Matr. Moment. prolog.* §. 2. Doctissimus tamen Huberus cum non cerneret verum discrimen inter consensum, qui facit nuptias, & illum, qui sponsalia de futuro, eo delapsus fuit, ut statueret, Jure Civili quoque eandem ac Jure Canonico sponsaliorum differentiam receptam fuisse. *L.* 2. *Digress. c.* 8. & 9. Jus Canonicum vero distinctionem illam sponsaliorum de præsenti & de futuro tradidit, & infeliciter explicuit; dum, inquiente *Gerhardo de Conjug.* §. 130. Pontifex in *c.* 31. *X. de Sponsal.* ex verbis præsentis & futuri temporis differentiam horum desumit, & fundamentum illius distinctionis in formulis illis usitatis; *Accipio te in meam, & accipiam te in meam,* atque adeo in solo discrimine temporis, quo formulæ illæ solennes invicem differunt, quærit. Cum tamen in aliis linguis, præsertim in nostra vernacula, differentia illa temporis observari nequeat, ac verbum præsens; *Accipio*, per quod sponsalia de præsenti constitui volunt Canonistæ, nuptiis, non sponsalibus contrahendis sit accommodatum. Hinc sponsalia illa de futuro non agnoscimus, propterea, quod apud Germanos non sit talis loquendi consuetudo; neque illa verba quoad consensum, si mentem Canonistarum respiciamus, differant, neque ad consummationem matrimonii pertineant, sed & sponsalia & nuptiæ a consummatione separentur, (conf. *Dn. Schilter. Exerc.* 36. §. 2. ubi tres gradus matrimonii constituit), ac sub hoc quoque prætextu ac confusione verborum istorum multa vera distrahantur matrimonia. vid. *Carpz. L.* 2. *def.* 17. *n.* 3. & 4. & *seq. def.* 18. & *lib.* 5. *resp. elect.* 109. *n.* 3.

JURE CANONICO inventa est divisio sponsaliorum de præsenti & de futuro, sed nondum constat inter Doctores, quo nam modo invicem distinguantur. Equidem *Canones* dicunt, sponsalia de futuro esse, quando sponsus vel sponsa ait: *accipiam* te in uxorem &c. si vero dicit: *accipio* te in uxorem, esse sponsalia de præsenti. Verum jam ante rejeci hanc distinctionem, (1) quia ex genio linguæ germanicæ formulæ: **ich nehme dich, oder ich will dich nehmen,** non

non differunt. Conf. *d. Diſp. S.* 3. §. 5. (2) Quia partes non ſemper utuntur iis verbis, ſed plerumque aliis, & ita dubiis, ut præciſe non appareat, num verba ſint de futuro, num de præſenti. Sed & (3) quamvis poſſent diſcerni, quis tamen in prolixo fere loquendi, perſuadendi, amorem teſtandi, devinciendique ſtudio ſingulas vocum apices memoria retinebit, & apud Judicem repetet, ut is internoſcere poſſit, an iis conveniat vox *accipio* an *accipiam. dict. Diſp. Sect.* 3. §. 4.

MORIBUS ſponſalia de *futuro* vulgo creduntur, ſi conditionem habeant, ſeu expreſſam, ſeu tacitam. *Huber. d. L.* 2. *c.* 7. *in fin.* Sponſalia de *praeſenti* pure: idque his rationibus impugnat *Dn. Par. d. Diſp. Sect.* 3. §. 6. *ſeq.* Nam, ait, conditio ſpeciem negotii & conventionis non mutat, uti omnis conventio fieri poteſt vel pure, vel in diem, vel ſub conditione, §. 2. *Inſt. de Verb. obl.* ita & ſponſalia de præſenti ſic contrahi, & ſponſalia de futuro poſſunt, nec ideo miſcenda aut confundenda eſt utraque ſponſaliorum ſpecies.

Porro ſi ſponſalia de futuro ſunt, quibus conditio ineſt, qualia erunt, ſi conditio extiterit, vel dies venerit? Non equidem de futuro, quia conditio vel mora amplius non ineſt; ſed ea exiſtente jam pura ſunt, & retro perinde valent, ac ſi v. g. conditio nulla addita fuiſſet, *L.* 8. *pr. ff. de Cleric. & comm.* nec de præſenti, qua nec ea niſi conſenſu & conventione fiunt, qui nullus deinde denuo intervenit: priore enim conventione contracta ſunt tantum ſponſalia de futuro: poſtea vero nova conventio non acceſſit, quia fierent ſponſalia de præſenti. In quo adeo hærent, ut quidam exiſtente conditione putent, adhuc ſequi debere nova conventione ſponſalia de præſenti; (ſed qualia tum erant ſponſalia præcedentia jam purificata)? alii vero ipſa exiſtentia conditionis fieri de præſenti. vid. *Thoming. dec.* 10. *n.* 7. *& ſeqq. Treutl. vol.* 2. *diſp.* 6. *th.* 6. *lit. D.* ſed ſic evaneſcet ſponſaliorum duplex ſpecies. Certum igitur eſt, non poſſe illa eo internoſci, quod ſponſalibus de futuro inſit conditio, reliquis autem ea non inſit.

Sed &, cum ex ſponſalibus de præſenti oriatur obligatio & vinculum conjugale, ſecus ac ex ſponſalibus de futuro, *L.* 1. *C. de Sponſ.* non poteſt plane hunc effectum atque hoc diſcrimen parere conditio; nam pendente ea ex neutris naſcitur obligatio: exiſtente utraque pura ſunt. Unde ergo differentia illa obligationis?

Deni-

Denique ex hac Dd. ſententia non eſſent duo ſponſaliorum genera, ſed una eademque ſponſalia conditionalia pendente conditione eſſent de futuro, exiſtente de præſenti: uti emtio conditionalis non duplex, ſed una plane eſt emtio & conventio, ex qua pendente conditione partes non obligantur, exiſtente obligantur; quod plane remotum eſt a gemina ſponſaliorum ſpecie.

QV. V. *An* ſponſalia, *quae Jure Canonico* de præſenti *dicuntur, differant a* nuptiis?

Diſſent. Laut. pag. 437. verb. *Non ſunt verum &c.*

NEGATUR: nam ſponſalia de præſenti dicuntur, quæ verbis præſentis temporis contrahuntur, *c. pen. X. h.* **ich nehme dich hiermit zu meiner Frauen**: at nuptiæ itidem conſenſu ſolo contrahuntur, *L.* 30. *de R. J.* quod & Jure Canonico ſerio inculcatur, *c.* 1. *c.* 2. *paſſ. cauſ.* 27. *q.* 2.

OBJ. (1) Quod in his ſponſalibus deficiat conſenſus matrimonialis, quo indiſſolubile illud vinculum conſtituitur.

RESP. Hoc falſum eſt: nam dum ait ſponſus: **ich nehme dich hiermit zu meiner Frauen,** hoc ipſo declarat, ſe indiſſolubili vinculo junctum eſſe ſuæ ſponſæ.

OBJ. (2) Quod hæc ſponſalia a nuptiis differant cauſa efficiente, forma, fine, ſubjecto, effectu, & contrariis.

RESP. Hoc falſum. Cauſa efficiens utrobique eſt conſenſus partium, idem finis, ſcil. procreatio prolis, idem ſubjectum ſcil. partes conſentientes de cohabitando, idem effectus; nam diſſolvi non poſſunt, niſi ex juſta cauſa &c.

OBJ. (3) Quod tamen aliud ſit, ſponſalia de præſenti contrahere aliud nuptias.

RESP. In effectu non differunt, ſed ceremoniæ & ſolennitates nuptiarum ad conſummationem pertinent.

OBJ. (4) Quod tamen benedictio ſacerdotalis adhiberi debeat. *c.* 3. *pr. de Cland. ſponſ.*

RESP. Adhiberi debet, at non eſt de eſſentia nuptiarum, nec Jure Canonico, *c.* 1. *& ſeq. XXVII. q.* 2. *Mev. p.* 3. *dec.* 39. *Coccej. Hyp. Inſt. tit. de Nupt.*

Nupt. §. 4. Ita trina quoque proclamatio adhiberi debet, at non eſt neceſſitatis. Effectus eſt, quod puniri poſſint, qui eam negligunt, at ideo negotium non redditur nullum, *Dn. Par. in Diſp. de Matrim. mom. S.* 1. §. 2. & *in Diſp. de His, quae praep. fiunt c.* 2. *S.* 4. §. 6.

Quod vero *Lauterbachius* ait: *Sponſalia de praeſenti eſſe inſtar traditionis, quibus quaſi jus in re conſtituitur*, plane huc non quadrat; quia in nuptiis nec traditio fit, nec ea neceſſaria eſt ad eſſentiam nuptiarum, quæ ſolo conſenſu contrahuntur. *L.* 30. *de Reg. Jur.* Conf. *Diſp. Dn. Par. de matrim. mom. Sect.* 3. §. 26.

Effectus eſt, quod liberi, cum ſponſa de præſenti procreati ſint legitimi, *Carpz. P.* 3. *c.* 14. *d.* 12. *Hahn. p.* 154. etſi diſſentiat *Laut. pag.* 430. & 543. Item quod his conjugibus competant privilegia & jura dotium &c. *Zæſ. ad ff. tit. de Pact. dot.* & *Dn. Coccej. d. Diſp. S.* 2. §. 4.

Aliud eſt in lucris ſtatutariis, de Jure Saxonico, ubi in ſpecie requiritur, ut conſummatum ſit matrimonium. Vid. *d. diſp. S.* 2. §. 4.

Qv. VI. *An ſponſalia clandeſtina ſint ipſo jure nulla?*

Diſtinguendum eſt inter ſponſalia clandeſtina, *quae* ſine ullo teſte, & *quae* ſine iis, quorum conſenſus eſt neceſſarius, fiunt. *Laut. pag.* 437. verb. *haec quidem non &c.*

Illa ſi probari poſſunt, uti poſſunt per ſcripturam, per confeſſionem &c. publice repeti debent *c.* 1. *c.* 2. *X. de Cland. ſponſ.* Modo alia ſponſalia publica interim non interceſſerint; horum enim, quippe potiorum, interventu omnis clandeſtinorum vis intercidit. *Laut. p.* 437. *Beuſt. de Matr. c.* 14. *Dn. Par. in Diſp. de Matr. mom. S.* 3. §. 21. Aliud eſt Jure Saxonico, ubi clandeſtina ſponſalia nulla ſunt. *Carpz. Jurispr. Conſ. L.* 2. *def.* 36. & 69. *Beuſt. de Sponſ. tit.* 13. & 17. Attamen ſi acceſſerit corporum conſuetudo, hoc ipſo clandeſtina potiora fiunt, & in matrimonium tranſeunt. *Beuſt. d. c.* 14. *dict. Diſp. S.* 3. §. 21. *ibique late Dd.*

Haec ſunt ipſo jure nulla, quia conſenſus parentum neceſſario requiritur, *L.* 5. *C. h. Lauterbach. h. p.* 437. adeo, ut eo deficiente ſponſalia nec jurejurando, nec benedictione ſacerdotali, nec copula carnali convalidentur, §. *p. Inſt. de Nupt. junct. pr. eod. Laut. d. l.* Neque moribus in duobus prioribus caſibus aliquid mutatum apparet. Sane partes nec ſuo jurejurando, nec per adhibitionem benedictionis ſacerdotalis jus conſentiendi parenti-

Dissent. Laut. pag. 437. verb. hodie tamen &c.

bus quæsitum auferre possunt. Si copula carnalis secuta est, hodie obtinuit, ut convalescant sponsalia. *Carpz. Jurispr. Consf. L. 2. def. 60. n. 6. seq. Dn. Par. Hyp. Inst. de Nupt.* §. 8. At quia ita liberis male moratis latissima aperiretur fenestra, jus, parentibus quæsitum, eludendi, non omnibus in genere hæc probatur sententia, sed *Hahn. h. in f.* eam limitat, ut tunc demum convalescant sponsalia hæc clandestina per copulam carnalem, si pater expresse antea non prohibuit.

Qv. VII. *An impossibilis conditio hic detrahatur, ut in ultimis voluntatibus?*

Dissent. Laut. pag. 438. verb. Impossibilis &c.

NEGATUR: sed conditiones impossibiles semper vitiant sponsalia, *arg. l. 31. de Obl. & act.* ubi omnes contractus dicuntur vitiari conditione impossibili apposita, & ratio ibi additur, *quia dum sciunt, conditionem esse impossibilem, talis videtur cogitatio, ut nihil agi existiment.*

OBJ. *C. fin. de Cond. appos.*

RESP. Verum est, Jure Canonico distingui inter conditiones, contra substantiam conjugii adjectas, v. g. *si liberos non tulerit &c.* & reliquas impossibiles; verum quoque est, eo Jure *illas* solas vitiare sponsalia, non *has*, sed eas pro non adjectis haberi. At error hic occasione ultimarum voluntatum ortus est, in quibus conditio impossibilis legatis adjecta detrahitur: sed quanta est differentia inter legata & nuptias? *Illa* valent ex unius dispositione, *hae* ex utriusque; in *illis* specialis est ratio, scil. favor ultimarum voluntatum, nam ad has sustinendas detrahuntur conditiones impossibiles, quæ in *his* cessat, adeoque hic nihil valet, nisi ex utriusque voluntate, quæ adjecta conditione impossibili potius negativa videtur. *d. L.* 31.

Qv. VIII. *An sponsalia de praesenti difficilius solvuntur, quam matrimonium?*

Dissent. Laut. pag. 439. verb. quamvis Jure Civili &c.

RESP. Jure Civili sponsalia illa sunt ipsæ nuptiæ, adeoque iidem utrobique sunt solvendi modi.

Moribus verum est, facilius solvi sponsalia de præsenti, quam matrimonium, ubi copula carnalis accessit, adeoque res infecta fieri nequit, ubi jus quodammodo quæsitum est liberis, ex matrimonio illo quæsitis &c. Hinc in Consistoriis Evangelicorum saltem ob adulterium & ob malitiosam desertionem

nem ſolvitur matrimonium, ſponſalia vero ex pluribus aliis cauſis diſſolvi poſſunt. Vid. *Laut. p.* 440.

Qv. IX. *Si quis plura ſponſalia contrahit, quaenam praeferuntur?*

Resp. I. Si plura DE FUTURO contrahuntur, ſponſa ex neutris tenetur, ſed ſolus pater, utpote qui ſolus contraxit. Hic ergo tenetur ad elocandam filiam; quod ſi non facit, ſalva eſt alteri actio ad id, quod intereſt, lucratur arrham, & pater tenetur ad expenſas. Vid. *Laut. in f. h. Dn. Par. in Diſp. de Matrim. mom. Sect.* 3. §. 2. 3. 17. *Laut. pag.* 493. *verb. ſi autem plura.*

II. Sponſalia DE PRÆSENTI ſemper præferuntur ſponſalibus DE FUTURO, *c.* 22. *c. pen. in f. X. de Sponſal.* nam ſæpius jam dictum eſt, ſponſam ex facto & promiſſione patris non conveniri poſſe ad conſummandum matrimonium. *L.* 1. *C. de Sponſ.* Adeo igitur ſponſus de præſenti, etſi poſterior, præfertur ſponſo de futuro, ut in ipſo conjugii, cum ipſa ſponſa initi, negotio non tam potior, quam ſolus ſit. *arg. L.* 2. *in f. ff. Qui pot. dict, Sect.* 3. §. 17. *Laut. pag.* 440. *verb. publica de praeſenti &c.*

Exc. Si ſponſalibus DE FUTURO accedat COHABITATIO; per eam enim facto ipſo ſponſæ conſummantur ſponſalia, fiuntque matrimonium *c.* 5. *c.* 6. *X. de Cond. appoſ. c.* 15. *X. de Sponſal.* Neque enim ſponſa, relictis ſponſalibus, meretricio more vivere maluiſſe, ſed potius implendi, quod ſponſione promiſſum erat, animo in copulam conſenſiſſe præſumitur. *d. Sect.* 3. §. 18.

III. Si plura ſint ſponſalia DE PRÆSENTI, priora præferuntur, *C. p. X. de Sponſ. c.* 1. *de Sponſ. duor.* quia illis verum conjugium eſt contractum, quod vinculum, ſemel contractum, nec ſolvi, nec jus ſemel quæſitum ſponſo auferri poteſt. *Dn. Par. dict. Sect.* 3. §. 19.

Ampl. (I) Etſi poſteriora conſummata ſint per copulam corporum; tum quia priora verum ſunt matrimonium, indeque poſteriora non poſſunt non pro adulterio haberi; tum propter *c.* 3. *c. f. X. de Sponſ. duor. c.* 30. *c.* 31. *X. de Sponſ.* adeoque nec liberi, inde nati, erunt legitimi. *Carpz. Juriſpr. Conſ. L.* 2. *def.* 65. *n.* 4. 10. 11. *Laut. pag.* 439. *verb. licet poſterioribus &c.*

Exc. Si poſterior neſciens: cum alia ſponſalia eſſe inita, bona fide contraxerit ac conſummaverit, ſponſalia, nam ex ſumma æquitate in multis Evangelicorum Conſiſtoriis receptum eſt, ut hoc caſu poſteriora conſummata

præferantur, ne pars insons, quæ bona fide egit, & liberi forte jam concepti, vel nati, perpetua notentur infamia. *Text. Prax. jud. part.* 2. *c.* 7. *n.* 59. *dict. Disp. Sect.* 3. §. 20.

Dissent. Laut. pag. 439. verb. *modo non accedat &c.*

Ampl. (II.) Etsi posterioribus accesserit benedictio sacerdotalis, *Carpz. prax. crim. p.* 2. *q.* 67. *n.* 57. & 58. Equidem mutavit hic sententiam in *Jurisp. Consf. L.* 2. *d.* 66. *n.* 7. sed reprehenditur ideo a *Dn. Par. in dict. Disp. Sect.* 3. §. 25. *seq.* verba hæc sunt: Ut vero, quod pace JCti prædarissimi dictum volumus, quam ea sint elumbia, appareat: certum inprimis est, sponsalia de præsenti ex Jure Canonico idem esse, quod sunt nuptiæ: sunt enim illa consensus præsens in uxorem, uti ex formula: *accipio te in uxorem*, qui consensus facit nuptias: atque adeo sponsalia publica de præsenti, & nuptiæ, natura, forma, ac substantia sua sunt prorsus unum idemque, & æqualiter differunt a nuptiarum consummatione; quæ omnia hactenus demonstrata, jure certa ac, apud ipsum Carpz. alibi sæpe in confesso sunt, adeo, ut propterea effectu quoque indissolubilis vinculi ea convenire statuat. vid. *Carpz. d. def.* 66. *n.* 9. *& loca ibi alleg.* Unde sane sequitur, si is, qui ita sponsalia publica de præsenti, seu nuptias, contraxit, alii deinde fidem conjugii det, & tum cum ea cohabitet, id verum esse adulterium, vel bigamiam: quod iterum fatetur *Carpz. dict. Lib.* 2. *def.* 65. *n.* 4. *&. n.* 11. An vero adulterio, an bigamiæ accedere potest benedictio sacerdotalis, vel, si accesserit, an valet? An sceleris, an criminis est benedictio? An possunt flagitia autoritate sacrorum corroborari? Hæc vix sine blasphemia cogitantur. Et, cum agnoscat *Carpz. d. def.* 65. sponsalia posteriora, quibus jam copula carnalis accessit, non valere contra priora, multo minus valebunt, si saltem accesserit extrinseca solennitas.

Neque ullius momenti sunt, quæ in contrarium afferuntur *d. def.* 66. *n.* 10. *& seqq.*

Ait I. Etsi insolubilis vinculi effectu conveniant; non tamen eo consensu matrimonium plane perfici, nec sponsalia ista verum matrimonium esse, vel dici, exemplo emtionis, quæ traditione consummanda est &c.

Resp. I. Confundi perfectionem nuptiarum essentialem & consummationem. Consensu de præsenti tota nuptiarum essentia plenissime perficitur; imperfectæ enim nuptiæ non sunt nuptiæ, nec potest inde insolubilis vinculi obligatio oriri, *arg.* §. *pen. in fin. Inst. Quib. mod. test. inf.* Reliqua non ad essentiam, sed ad consummationem seu executionem nuptiarum saltem pertinent: idque ipso emtionis, quod allegat, exemplo docetur.

Nr.

NEGATUR II. Benedictionem sacerdotalem successisse in locum deductionis in domum; nam nec hodie decorum est, ut sponsa privatim domum ac thalamum sponsi adeat, sed honeste adducitur: & hodie adeo duo distincti illi actus sunt, & differunt, quod deductio ad executionem nuptiarum pertineat, benedictio ad solennitatem; ut semper ritus ecclesiastici, quando actui civili accedunt, tantum ad ejus solennitatem majoremque autoritatem pertinent; uti Romani omnia negotia sua gessere præmissis sacris & auspicato. *Liv. Lib.* 38. *c.* 48. Idque vel inde patet, quia, etsi patre mortuo benedictio adhiberi non possit, liberi tamen inde nati habentur pro legitimis, adeoque ex justis nuptiis nati videntur, etsi benedictio ob mortem sponsi non fuerit secuta. vid. *Struv. Synt. jur. civ. Exerc.* 29. *th.* 26.

NEGATUR III. Deductionem in domum ad substantiam matrimoni requisitam fuisse: ad quam non magis pertinuit, quam traditio ad substantiam emtionis: sed tantum ad executionem: & miscetur perpetuo perfectio essentialis cum consummatione seu executione.

MIROR IV. Stari judicio Mentzeri, qui nimia juris imperitia confundit nuptias & matrimonium consummatum, & manifesto errore asserit, sponsalia præcedere nuptias, si, ut Carpzovius eum accipit, sponsalia de præsenti intelligit.

AIT V. Duo vincula fortius ligare, quam unum.

RESP. Duo vincula juris seu legitima ligant, non crimina ac flagitia, uti sunt posteriora sponsalia: scelera non sunt vincula juris, nec ligant, nisi ad pœnam.

AIT VI. E trinæ proclamationis formula arceri priorem sponsam, si interim non contradixerit.

RESP. Ad solennia nuptiarum tantum proclamatio publica requiritur, eaque sola Jure Canonico constituta & introducta est; non vero etiam exclusio prioris; nec formula illa: **und schweige hernach**, vel Jure Canonico, quo in nuptiis utimur, & unde ritus iste ortum trahit, vel ulla ordinatione Ecclesiastica sancita est, sed solo arbitrio privato ac more Sacerdotum addi solet. Et sane, alias idem dicendum esset, si maritus uxore sua, cum qua consummatum est matrimonium, deserta, sponsalia contraxerit cum alia, & processerint e suggestu banna: non enim posset uxor maritum repetere post

 pro-

proclamationes, quippe exclusa per formulam: **und schweige hernach**, sed adulterii & bigamiæ consummatæ potiorem causam fore: quod nemini hactenus in mentem venit. Et, cum nemo excludi ab actione sua in contumaciam possit, nisi judicialiter a competente judice peremtorie ac rite citatus contumaciter non paruerit; hoc casu neque judicium, neque judex competens, neque peremtoria citatio, neque justi termini, neque ullus legitimus processus apparet, neque denique contumacia erit, si non probetur, ad uxoris notitiam pervenisse proclamationem: quod raro fiet, quia adulter seu bigamus uxoris intercessionem veritus id agere solet, ut aliis in locis, ab uxore remotis, proclamationes peragantur. Fiunt igitur ista, ut prior sponsa facilius rescicere sponsalia, ac maturius & re integra intercedere possit, non autem, ne postea non possit ut apparet ex *c. 3. in princ. X. de Clandest. sponsal.*

Ait denique VII. scandalo fore, si dirimerentur sponsalia, quibus benedictio accessit. Quasi vero non majus scandalum sit, dirimere sponsalia priora justa, quæ Deus ligavit, quam posteriora, quæ scelere & flagitio contracta sunt, & quibus profanatur benedictio.

Ampliatur (III.) Etsi jusjurandum accesserit: quod *Dn. Par. in dict. Disp.* §. 3. 37. ita explicat: Sive enim sponsalia de futuro priora jurata sint, potiora tamen erunt sponsalia de præsenti posteriora & injurata; quia prioribus satisfit præstando id, quod interest, & sponsa per posteriora, non per priora, conjugio obligata est; Sive posteriora sponsalia publica de præsenti jurejurando vallata sint, adhuc præferuntur priora de præsenti, quia jus, priori sponsæ quæsitum, adimi ipsi facto ac juramento alterius non potest, *Covarruv. ad tit. de Sponsal. p. 1. c. 4. n. 3.* sive sponsalia de futuro posteriora sint jurata; ex neutris enim est vinculum conjugii, sed actio saltem ad id, quod interest, vel nudus tractatus, de quo supra. Id tamen agendum est, ut is, qui juravit, potius impleat, si possit, jurata, quam injurata, atque ita evitet perjurium. Sive denique clandestina sint jurata; publica adhuc præferentur, ut sentiunt *Beust. p. 2. de Matrim. cap. 48. Carpz. Jurispr. Consist. def. 58.* Quamvis tutius conscientiis existiment, ut jurata consummentur. Neque vero, quæ parentum debet esse in liberos pietas, ei congruit, ut dissensu suo illorum onerent animas perjuriis: inprimis cum existimemus, parentum consensum solo Jure Civili esse de necessitate matrimonii, juramentum autem defectus civiles supplere Jure Canonico, notissimum est. Idque indubie statuendum videtur, si sponsalia ideo clandestina dicuntur, quia testibus carent, probari tamen possunt. Neque adeo hic allegari potest regula, quod jusjurandum non debeat esse vinculum iniquitatis: quia ea fallit in iniquitate Juris Civilis seu positivi. Sane pos-

poſſet eſſe tam æqua diſſentiendi cauſa parentibus, ut in ſententiam *Beuſtii* & *Carpz.* haud difficulter deſcenderemus. Conf. *Tulden. C. de ſponſal. n.* 5.

Ampl. (IV.) Etſi priora ſint conditionata. Equidem *Beuſt. p.* 1. *de Sponſ. c.* 19. ideo præfert pura, quod conditionalia ſint ſponſalia de futuro quod ſupra jam refutavi. *Carpz. Jurispr. Conſ. L.* 2. *def.* 70. *n.* 9. ex alia ratione pura præfert; quia putat eſſe priora: cum conditio nihil ponat actu eſſe, nec retrotractionis legem hic ſufficere, cum ea præjudicare non poſſit ſponſalibus interim pure contractis: ſed hæc gratis, & contra notoriam conditionum naturam ita dicuntur. Vid. *d. Diſp. S.* 3. §. 27.

IV. Quid ſi ſponſalia DE PRÆSENTI priora ſint *clandeſtina*?

Resp. Tunc poſteriora præferuntur. *c.* 2. *X. de Cland. ſponſ. Beuſt. Matr. c.* 14. Niſi acceſſerit copula carnalis. *Beuſt. d. l. & dict. Diſp. S.* 3. §. 21. *ibique late Dd.* **Laut. pag.** 440. verb *publica praeferuntur.*

V. Quæ vero potiora erunt, ſi altera ſint de *præſenti clandeſtina*, altera *de futuro*?

Resp. Clandeſtina de præſenti; nam ibi aliqua eſt obligatio ad publice repetendum, *c.* 1. *c.* 2. *X. de clandeſt. ſponſ.* ex ſponſalibus de futuro vero nulla niſi ad id, quod intereſt. Jure Saxonico vero clandeſtina ſponſalia plane nulla, nulliusque efficaciæ ſunt, *Carpz. L.* 2. *def.* 33. indeque ſponſa ibi ex neutris tenetur. *dict. Diſp. Sect.* 3. §. 21. & 22.

Qu. X. *An Sponſalia propter inimicitiam irreconciliabilem diſſolvi poſſunt? ubi de pœna ejus, qui cauſam dedit repudio.*

De Sponſalibus, quin propter irreconciliabilem inimicitiam tolli poſſint, dubium non eſt. Non tantum id ex Jure Civili conſtat, utpote ubi ipſum matrimonium ex tali cauſa diſſolvi poſſe, jam ſupra demonſtravi: ſed & ex Jure Canonico id probatur; nam ita in terminis traditur in *c.* 2. *X. de Sponſ.* ibi: *hi, qui de matrimonio contrahendo pure & ſine omni conditione fidem dederunt, commonendi ſunt, & modis omnibus inducendi, ut praeſtitam fidem obſervent, ſi autem ſe ad invicem admittere noluerint, ne forte deterius inde contingat, ut talem ſcilicet ducat, quam odio habet, videtur, quod ad inſtar eorum,*

eorum, qui societatem interpositione fidei contrahunt, & postea eandem sibi remittunt, hoc possit in patientia tolerari. Quin etsi sponsa jurato contraxerit, non tamen cogendam esse, asseritur in *c.* 17. *X. eod.* ibi: *quod cum libera esse debeant matrimonia, monenda est potius, quam cogenda, cum coactiones difficiles soleant exitus frequenter habere.* Atque ita rem decidit *Carpz. p.* 2. *tit.* 10. *def.* 173. *& seq. item def.* 176. *Stryk. Sect.* 2. §. 6. 7. 46. 47. 49. *it. de Dissens. Sponf. & Sect.* 3. §. 3. Antequam vero ad dissolutionem perveniatur, varii gradus adhibendi sunt: nam (1) Adhibito confessionario admoneri debet, ut impleat fidem; *d. c.* 2. *& d c.* 17. (2) Si refractetur, carcere vel dictata pœna pecuniaria adigi ad consummationem matrimonii potest, *Stryk. de Dissensu Sponf. Sect.* 2. §. 3. *&* 6. *Laut. Comp. p.* 439. *Carpz. L.* 2. *tit.* 12. *def.* 133. *Mev. p.* 6. *dec.* 388. *Müll. ad Struv. Ex.* 19. *th.* 11. *lit. u. Not.* 1. ita decretum in Consistorio Halberstadiensi in causa Fricken, contra Thiemann, d. 15. Jul. 1704. d. 4. Nov. eod. d. 17. Febr. 1705. d. 13. Jun. 1705. Si pars nec tum copula sacerdotali confirmare sponsalia velit, dissolvuntur sponsalia: nisi copula carnalis intercesserit; nam tunc matrimonium pro consummato reputatur; ipsa in bona mariti mittitur, & tum ad divortium propter malitiosam desertionem provocare ac ad secunda vota transire potest. *Stryk. d. l.* §. 4. 5. 6. *&* 7. *Laut. pag.* 439.

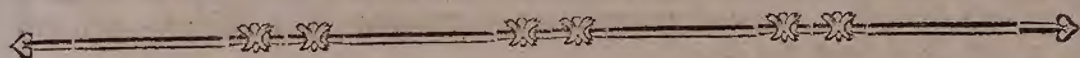
Attamen quia impune invita parte discedere non licet, sollicite inquiri debet, quis causa repudii sit, & an illa causa justa sit, an non? si enim ex justa causa quis dissolutionem sponsaliorum quærit, ideo puniri nequit: *Stryk. d. l.* §. 49. ita si uterque in causa est, itidem neuter pœnam repudii patitur; *Stryk. d. tract. S.* 3. §. 8. *& seq.* inprimis §. 23. (quanquam tunc Judex pœnam infligere possit, *d. S.* 3. §. 42. *in fin.*) uti nec tum copula carnalis intercessit, tunc enim Consistorium ex officio copulationem peragat, necesse est, rationes vide apud *Carpz. def.* 135. *dict. tit.* 12. *Stryk. d. l.* §. 7. *&* 49.

Adeoque tunc solum pœna repudii obtinet, quando altera pars citra justam causam recedit, nam. eo casu reus dissolutis sponsalibus (1) pro qualitate malitiæ relegatur, *Carpz. d. t.* 12. *def.* 134. *Mev. p.* 6. *d.* 358. *Müll. d. l. Not.* 11. *Stryk. d. l.* §. 7. *&* 47. (2) Arrhas duplicatas reddit, si accepit, vel si dedit, eas amittit. *L.* 1. *L.* 2. *L.* 3. *C. de Sponf. Carpz. d. l. def* 64. (3) Expensas processus parti innocenti restituit, *Carpz. dict. def.* 64. (4) Et tenetur ad omne id, quod interest uti si neglexerit aliam occasionem, apparatum vestium &c. fecerit. Vid. *Müller. ad Struv. Ex.* 29. *th.* 11. *lit. n. ibique late rationes & Dd.* Sed & præterea injuriarum tenetur. *Stryk. d. l.* §. 7. *&* 47. (5) Definita est certa quantitas, quam amittit. Nam sponsa recedens,

cedens, omnia illa commoda amittit, quæ uxor recedens; quia Jure Civili ſponſalia de præſenti ſunt ipſæ nuptiæ, adeoque ſponſa recedens præter dotem, quæ ſponſo cedit, reſtituit donationem propter nuptias, *l.* 8. §. 4. *de Repud. Nov.* 117. *c.* 13. *pr.* & præterea (6) quinquennio innupta manere debet, niſi pœnam infamiæ incurrere velit, *dd. LL.* aliquando eam ad deprecationem eccleſiaſticam adigi, tradit *Stryk. d. l.* §. 49.

Quod in ſponſo aliter obtinet, qui præter dotem amittit donationem propter nuptias, *d. L.* 8. §. 4. *&* 5. & præterea ex *Nov.* 117. *c.* 13. tertiam partem ſponſalitiæ largitatis de ſuo ſolvit: at quinquennii pœna in eo ceſſat, *Nov.* 22. *c.* 16. quanquam etiam moribus ei novo matrimonio interdici ſoleat. *Mev. p.* 6. *d.* 395. *Stryk. d. l. §.* 7.

Adeoque non conſentimus Mevio, qui *p.* 2. *d.* 358. dimidiam dotis promiſſæ parti innocenti tribuit citra legis autoritatem.



LIB. XXIII. TIT. II.

DE

RITU NUPTIARUM.

Qv. I. *Quo ſenſu nuptiae dicantur INDIVIDUAM vitae conſuetudinem continere?*

Egregie rationem hujus definitionis aſſeruit *Dn. Par. in Diſp. de Matr. mon. Sect.* 1. §. 3. ubi ita diſſerit: Dubitari poteſt, qui a Juſtiniano in inſtitutionibus matrimonium dici potuerit individua vitæ conſuetudo; cum conſtet, eo tempore conjuges mutuo adhuc conſenſu potuiſſe pro lubitu ab invicem recedere. *L.* 9. *C. de Repud. Nov.* 22. *c.* 4. Neque enim ſufficere videtur, ſi dicatur, voto & animo contrahentium individuam eſſe: id enim contradictio eſt; quia, quæ a voto & animo pendent, non ſunt individua, ſed uti voluntate fiunt, ita voluntate contraria iterum tolli poſſunt. §. *fin. I. Quib. mod. toll. obl. L.* 58. *ff. de Pact. L.* 3. *ff. de Reſcind. vend.* Quodſi dixeris, ſpeciale fuiſſe in nuptiis, refellet id *d. L.* 9. & *d. Nov.* 22. *c.* 4. unde conſtat, tunc libere adhuc mutua voluntate dirimi potuiſſe. Sed etſi fuiſſent individuæ, certum eſt, aliunde id, quam a voto & affectu contrahentium, quem ipſi mutare poſ-

Lact. pag. 440. verb. *individuam vitae &c.*

possunt, fuisse. Constat itaque, non eo sensu Justinianum dixisse individuam consuetudinem, quod nuptiæ dirimi non potuerint: id enim tum falsissimum fuit, per *d. L.* 9. *d. c.* 4. sed quod, dum nuptiæ sunt, consuetudo vitæ dividi non debeat. Unde Imp. non nuptias, sed conjugium consuetudinem vitæ, ait, esse individuam; quæ adeo, ut sic loquar, individuitas consuetudinis vitæ desinit, cum conjuges & nuptiæ esse desinant. Quin jure veteri facilius a nuptiis, quam ab aliis contractibus, scil. unius quoque voluntate, recedi potuit. *L.* 1. *L.* 7. *& pass. ff. de Divort.* Idque obtinuit usque ad Theodosium, qui quidem divortendi libertatem non sustulit, sed causas impune divortendi definivit in *L.* 9. *C. de Repud. vid. Selden. de Jur. nat. & gent. lib.* 5. *c.* 7. *Alciat. Lib.* 6. *Parerg. c.* 20. *Rennem. Jurispr. Germ. Membr. I. disp.* 42. *th.* 29. *th.* 30. & *praesertim th.* 36. *Dn. Struv. Exerc.* 30. *th.* 41. Mutuo vero consensu, ne nuptiæ dirimantur, dudum editis ante institutionibus, mutavit demum Justin. in *Nov.* 117. *c.* 10. Verum quoque est, matrimonium ad tempus contrahi non potuisse; at simpliciter & in perpetuum contractum solvi mutata voluntate potuit: uti tutela dativa ad tempus constitui non potest, *L.* 77. *ff. de R. J.* at simpliciter injuncta, finitur superveniente testamentaria. §. 1. *Inst. de Atil. tut.* §. 2. *Inst. Quib. mod. tut. fin.*

Qu. II. *An sponsalia de praesenti, alterutro ante benedictionem sacerdotalem mortuo, sint verum matrimonium?*

Dissent. Laut. Pag. 440. verb. *Liberi hinc, & pag.* 441. verb. *sine quo non est &c.*

Verba *Dn. Parentis in Disp. de Matrim. moment. Sect.* 1. §. 2. hic referam: Cum pace aliorum affirmativa nobis arridet, (quam & præclare demonstrat ac tuetur *Huber. Lib.* 2. *Digress. c.* 7. *& c.* 9. nec ambiguæ sunt rationes: nam nuptias non concubitus, sed consensus facit. *L.* 30. *d. R. J.* Quod idem Jure Canonico inculcatur serio *c.* 1. *c.* 2. *& pass. caus.* 27. *q.* 2.

Nec benedictio sacerdotalis pertinet ad substantiam & constitutionem matrimonii, sed ad quandam ejus inaugurationem & majorem autoritatem, prout prolixe defendit *Bechmann. in exoter. Exercit. ad tit. de R. N. n.* 27. *& seqq.* conf. *Arnis. de Jur. connub. c.* 6. *Sect.* 12. Planumque omnino est, ritus Ecclesiasticos non pertinere ad substantiam actus civilis, cui adhibentur; quod exemplo inaugurationem Magistratum ac Principum docetur. Et sane gentiles quoque nuptias ineunt cum inter se, tum cum Christianis in locis, ubi promiscue commorantur, partusque inde legitimus nascitur; qui tamen hos ritus non agnoscunt. Et alias, si ad substantiam matrimonii ritus isti necessarii essent, ante eos nec obligatio matrimonialis inde oriretur, nec verum adulterium committi posset, cum nullum matrimonium sit, deficiente ejus essentia. Atque hoc

hoc in Conſiſtoriis Evangelicorum ita obtinet. *Mev. P. 3. dec. 39. Sand. L. 2. tit. 1. Böckelm. ff. de Rit. Nupt. n.* 20. ubi ait, in Germania, Gallia, Suecia, Friſia id receptum eſſe. *Weſenb. ff. d. tit. n. 2. Carpz. P. 2. conſt. 14. def. 12. Hahn. ad d. n. 7.* Atque hinc recte inferunt, partum, ante natum, eſſe legitimum, etſi alter moriatur. *Cap. Is, qui fidem. 30. X. de Sponſal. vid. Struv. Exerc. 29. th. 26. in fin. Kitzel. in Synopſ. matrim. c. 5. theorem. 10. lit. E. Müller de Hierolog. Sect. 1. th.* 9. ubi exhibet præjudicium JCtorum Jenenſium de An. 1633. *Dn. Brunn. Jus Eccl. Lib. 2. c. 16. n. 7. ad verba: Pœna ſolet dictari,* notabile ſuppeditans præjudicium hujus Facultatis ampliſſimæ, ubi ſponſa refractaria non ſolum fuit condemnata in mulctam 200. thal. ſed inſuper coelibatus impoſitus, conceſſa ſponſo libertate nova contrahendi ſponſalia. Conf. *Struv. Exerc. 29. th. 26. ibique alleg. Dd.* Hucusque Dn. Parens.

Confirmatur autem ea ſententia per *C. 12. X. Qui fil. ſunt leg.* ibi: *haeredem eſſe legitimum judicaſti, & C. 2. X. de Cland. deſp.* Add. *Cypr. de nupt. c. 11. §. 21. Mev. p. 4. dec. 81. Phil. Uſ. pr. Inſt. L. 1. Eclog. 61. n. 13. Dn. Par. Diſp. de His, quae praepoſt. c. 2. Sect. 4. §. 6.*

Obj. *C. 3. X. de Cland. deſp.*

Resp. Loquitur de nuptiis in gradibus prohibitis.

Obj. *Can. 1. c. 30. q. 5.* ibi: *ſuo tempore ſacerdotaliter, ut mos eſt, cum precibus & oblatione a Sacerdote benedicatur, aliter vero praeſumta non conjugia, ſed adulteria.*

Resp. Adhiberi omnino, & ex poſtfacto adhuc accedere hæ ſolennitates debent, at ideo matrimonium ipſum non protinus nullum eſt. Conf. *Dn. Berger. Reſ. h. q. 1.*

Qv. III. *An per ratihabitionem patris nuptiae liberorum convaleſcant?*

Negatur: Quia præcedens juſſus eorum, in quorum poteſtate ſunt, requiritur, *per. text. expr. in pr. Inſt. h.* Nullum ergo eſt tale conjugium *d. pr.* Atque hinc non convaleſcit ratihabitione patris, quod enim ab initio nullum eſt, confirmari poſtea nequit, *Arniſ. de Connub. c. 3. Sect. 10. §. 40.* Idque ita traditur in *L. 68. de Jur. dot.* ibi: *ignorante initio patre nuptiae non* *Laut. pag. 441. verb. ratihabitio non &c.*

 fue-

fuerunt. L. 13. §. 6. *ad Jul. de adult.* ibi: *vel in filiaf. cujus conjunctioni pater postea consensit.* L. 11. *ff. de Stat. hom.* ibi: *cum, qui vivente patre & ignorante de conjunctione filiae conceptus est, justum filium ei, ex quo conceptus est, esse non videri.* Atque hinc in L. 18. *ff. h.* nuptias tales non valere, nisi renovatas, i. e. ex quo pater consentit.

Obj. (1) L. 1. §. *f. de Lib. exhib.* ubi pater non potest dissolvere matrimonium, quod bene concordat.

Resp. Ibi matrimonium rite contractum erat; nam dicitur, *matrimonium* hoc pater turbare jure patriæ potestatis non posse, *Dn. Berg. h. q.* 2. at ubi deficit patris consensus, ibi non est matrimonium.

Obj. (1) Quod, nullitas hæc in gratiam patris statuta sit, si ergo hic postea acquiescat, & favori suo renunciet, nullum amplius vitium superesse videtur: quod argumentum late prosequitur *Huberus I. h. n.* 10. & *ff. h. n.* 5.

Resp. Falsum est, solum hic esse favorem patris, sed forma hæc est negotii matrimonialis, & Lex dispofuit, ne justæ nuptiæ dici possint, nisi ubi accedit patris consensus: hæc forma, lege publica constituta, non dependet ex arbitrio parentis, nec is sua ratihabitione efficere potest, ut matrimonium, contra formam Juris contractum, eoque nullum, convalescat.

Obj. (3) L. 11. *ff. de Nupt.* ubi sub ratihabitione patris permittuntur nuptiæ.

Resp. Ibi servus est pater & absens, hic ergo non debet differri matrimonium.

Obj. (4) L. 5. *C. de Nupt.* ubi valent nuptiæ, si pater iis cognitis non contradixit.

Resp. Consentire intelligitur, dum scit, filium nuptias contrahere, nec tamen adversatur. *Goth. ad. d.* L. Secus ergo, si nuptiæ eo ignorante contractæ sunt. *Goth. ibid.*

Dissent. *Huber. Prael. ad Inst. de Nupt. n.* 10. & *ad ff. eod. n.* 3.

Hodie frustra quæri videtur, an ratihabitio sufficiat? quia, copula secuta, non requiritur consensus patris. Vid. *Dn. Par. Hyp. Inst. h.* §. 8. *Struv. Ex.* 29. *th.* 23. At aliud est in Marchia. *d. Hyp.*

Qv.

Qv. IV. *An patris conſenſus in nuptiis requiratur Jure Naturae?*

Negatur: (1) Quia parentibus Jure Naturæ præter reverentiam a liberis nihil debetur, adeoque conſenſus eorum ſaltem de honeſtate eſt, non de neceſſitate: Sed & (2) jus matrimonii ex eo jure eſt, quod natura omnia animalia docuit, hoc jus a natura liberis quæſitum pater ſuo diſſenſu intervertere nequit. Accedit (3) quod tamdiu licite quid agamus, quamdiu non apparet prohibitio; hic autem nullibi reſtricta nubendi facultas eſt; tantum autem (4) abeſt, patrem prohibere poſſe filium, ut potius certum ſit, omnem patris poteſtatem pubertate finiri. Quin (5) tota ratio, quæ requirit conſenſum patris, eſt civilis, ne ſcil. invito patri agnaſcatur ſuus hæres, quod Juri Naturæ plane non convenit. Atque hinc (6) de emancipato filio non requiritur conſenſus. *L.* 24. *de Rit. nupt.* Denique & (7) ita requireretur etiam conſenſus patris furioſi, quia calamitas jus ei quæſitum auferre nequit. Atque (8) is eſt conſenſus Gentium. Vid. *Grot. in Not. ad L.* 2. *c.* 5. §. 10. *n.* 3. *ibique Teſm.*

Obj. Pugnare hoc cum reverentia, parentibus debita.

Resp. Ex reverentia hac non magis ſequitur conſenſus neceſſitas, quam ex ea, quæ debetur Principi, præceptoribus &c.

Qv. V. *An conſenſus parentum requiratur Jure Divino?*

Negatur: Uti plurima exempla collegit *Grot. L.* 2. *c.* 5. *§.* 10. *n.* 3. Sic Eſavus in tædium parentum nuptias contraxit, & cum videret, id diſplicere parentibus, duas alias ſuperinduxit. *Gen.* 26. *v.* 35. *&* 28. *v.* 9. Ita ipſe Jacobus, patre ignorante, duas uxores duxit, ignorantia autem æque ac contradictio excludit conſenſum. Ita Joſephus, *Gen.* 41. *v.* 45. David, 1. *Sam.* 18. *v.* 26. & plures alii abſque conſenſu parentum nuptias celebrarunt.

Laut. pag. 442. verb. *quatenus parentum &c.*

Equidem reſpondent Theologi, pleroſque certos fuiſſe de conſenſu, & poſtea parentes ratihabuiſſe.

Resp. Hoc valde incertum erat, & contrarium apparet ex facto Eſavi. Sane ſi conſenſus Jure Naturæ eſt de eſſentia nuptiarum, eo deficiente non erunt juſtæ nuptiæ.

Qv. VI. *An etiam Jure Canonico requiratur parentum consensus?*

Laut. pag. 442. verb. *etiam Jure Can.*

AFFIRMATUR, *C.* 1. *C.* 3. *C.* 30. *q.* 5. *C.* 13. *Caus.* 32. *q.* 2.

OBJ. (1) *Can.* 2. *Caus.* 27. *q.* 2. & *C.* 23. *X. de Spons.* ubi sufficit solus consensus contrahentium.

RESP. Essentia nuptiarum consistit in solo consensu contrahentium, *L.* 30. *de R. J.* sed ad formam negotii præterea requiritur consensus parentum.

OBJ. (2) *C.* 1. *X. de Desp. impub.*

RESP. Loquitur de filio, qui non consentit.

Vid. *Laut. h. pag.* 438. *Dn. Berger. Resol. LL. Obs. h. q.* 4.

Qv. VII. *An requiratur consensus matris?*

Laut. pag. 442. verb. *matris &c.*

NEGATUR de Jure Civili; (1) quia consensus saltem eorum, in quorum potestate sunt, requiritur, *pr. Inst. de Nupt.* ibi: *consensum habeant parentum, in quorum potestate sunt.* At fœminæ liberos non habent in potestate. *§.* 10. *Inst. de Adopt.* (2) Per text. expr. in *L.* 20. *pr. C. de Nupt.* ubi patris tantum consensus requiritur, & matris non, nisi in speciali casu.

OBJ. *L.* 1. ibi: *& matrem &c. C. de nupt. L.* 20. ibi: *matris & propinquorum. ibid.*

RESP. Casus ibi specialis est, ubi ipsa filia ob verecundiam sexus non vult consentire, tunc enim matris, ea deficiente, propinquorum, &, his dissentientibus, ipsius Præsidis judicium requiritur. *Laut. pag.* 441.

Moribus, ubi consensus magis est effectus reverentiæ, quam patriæ potestatis, matris quoque consensus requiritur, mortuo patre, *Carpz. Lib.* 2. *def.* 48. & 60. *Richt. dec.* 8. *n.* 55. *Laut. d. l. Hyp. Inst. h. §.* 8. quod tamen fallit, secuta copula carnali, *dict. def.* 60. *d. Hyp. Inst.* §. 8. quia tum matrimonium convalescit, secus ac in Marchia, *de Hyp.*

Qv. VIII. *An ea polygamia, qua una pluribus nupta est, contrarietur Juri Naturae?*

Laut. pag. 442. verb. *ea vero, qua unus &c.*

AFFIRMATUR: (1) Quia hoc modo omnis certitudo prolis cessaret: nec enim, si fœmina cum pluribus concumbit, eoque semina turbantur, de patre constare potest. Hinc (2) educationis officium, quod soli patri

tri incumbit, defineret; quia pater incertus eſt. (3) Officium reverentiæ ceſſaret, utpote quæ incerto patri non debetur. (4) Periculum eſſet, ne inceſtus committerentur; quia facile ita parentes & filii, fratres & ſorores, etiam ignorantes cohabitare poſſent. Metuenda quoque (5) eſſet ſuperfœtatio; nam inter anatomicos conſtat, diverſa ſemina in utero exiſtentia invicem impedimento eſſe quicquid autem opus conceptionis impedit, contrariatur Juri Naturæ. Sed & (6) furta infinita familiarum hic committerentur; quia proximis agnatis ab inteſtato per partum talem incertum hæreditates auferrentur. Conf. *L.* 1. *§.* 13. *de Ventr. inſp.* Confirmatur id (7) ex confuſione, quæ talem promiſcuum concubitum ſequi ſolet. Partheniæ apud Juſtinum *L.* 3. *c.* 4. metu inopiæ alias quærebant terras, quia nulli pater exiſtebat, cui ſuccederent. Accedit (8) conſenſus omnium Gentium, quibus concubitus ille promiſcuus, quo turbatio ſanguinis infertur, horrori eſt. Quin & bruta pleraque ab eo abſtinere, tradit Agathias *in fin. Hiſt.* Atque hæc (9) eſt ratio JCti in *L.* 11. §. 1. *de His, qui not. inf.* cur prohibeat viduam nubere intra annum luctus, ubi per ſuperfœtationem non intelligitur metus, ne fœmina gravida fiat ex duobus viris, ſed ſuperfœtatio eſt turbatio actus, quo genus humanum propagatur, quod fit per turbationem ſanguinis & confuſionem ſeminis, exemplo meretricum, quæ ideo uterum non gerunt. Sed & ex his rationibus (10) adulteria natura ſunt prohibita, & ideo tanta pœna Jure Civili in adulteros eſt ſtatuta. Atque ita (11) ſentiunt *Lactant. Div. Inſt. L.* 3. c. 20. *Grot. de J. B. & P. L.* 2. *c.* 5. §. 9. *ibique Teſm.* ubi late quoque diſſentientes allegantur. *Struv. Ex.* 29. §. 52.

Obj. (1) Quod Plato in republica ideali permittat præmiſſam polygamiam.

Resp. Idea tantum hæc eſt reipublicæ, in qua uti plurima alia, ita hoc quoque falſum eſt.

Obj. (2) Exempla gentium Americæ, aliarumque apud *Seld. de J. G. L.* 5. *c.* 7. *Juſt. L.* 2. *c.* 6. *Teſm. ad Grot. L.* 2. *c.* 5. §. 11. *lit.* α. & §. 9. *lit.* β.

Resp. Exempla quarundam gentium, ferarum inſtar viventium, nullam in moralibus, & contra moratiorum conſenſum, autoritatem habent.

Qv. IX.

Qv. IX. *An ea polygamia, qua unus plures uxores ducit, Juri Naturae sit contraria?*

Dissentit Laut. pag. 442 verb. *sed Juri Naturali &c.*

NEGATUR: Nam (1) omnes illæ difficultates, quæ in pluribus maritis militant, hic cessant: nulla quippe hic est metuenda superfœtatio, nulla sobolis incertitudo, salva manet reverentia, manet ordo successionis & familiarum. (2) Unicuique viro libera competit a natura facultas cohabitandi etiam cum pluribus, donec ea restricta appareat; at restrictio illa nullibi probatur: natura enim actus cohabitationis non sunt definiti, sed arbitrarii. Confirmatur (3) hæc sententia ex consensu universali omnium gentium, Tacitus *de Mor. Germ. c.* 18. tradit, Germanos una contentos esse uxore, *contra morem barbarorum.* Quanquam etiam inter Germanos nobiliores polygamia usitata fuerit. *Tac. d. l.* Unde & Ariovistum duas uxores habuisse refert *Caes. B. G. L.* 1. Inter Græcos Socrates, hominum sapientissimus, duas uxores habuit, Xantippen & Myrtonem, Aristidis filiam. *Grot. l. c.* 5. §. 9. *n.* 4. *ibique Tesm.* Apud Romanos Cæsar de introducenda polygamia cogitavit. *Suet. in Cæs.* Alia exempla vid. apud *Tesm. d. l. & Pufend. VI.* 1. §. 16. Consentit (4) sacra pagina Veteris Testamenti: ita enim Abraham, *Gen.* 16. *v.* 2. Isaacus, *Gen.* 29. *v.* 28. pater Samuelis &c. 1. *Sam.* 1. *v.* 1. plures duxere uxores, & Deus Davidi inter beneficia, ipsi collata, refert multitudinem uxorum; atque de hoc more Ebræorum testatur *Joseph. Antiq. L.* 17. *c.* 1. *Seld. de Ux. Ebr.* Neque (5) in primitiva Ecclesia illud obtinuit, & patres quoque duas vel tres habuisse uxores testatur *Epiph. in Hæres.* 80. Ita enim Valentinianus & permisit polygamiam, & ipse eam exercuit, & inter pios Imperatores refertur, *Socr. L.* 4. *t.* 26. *Hist. Eccl. Paul. Diac. Hist. L.* 11. Sane patres ipsi in ea fuere sententia, uti probat *Grot. d.* §. 9. *in not. ibique Tesm.* Conf. *Ochin. de polyg. Struv.* §. 52. *h.*

OBJ. (1) Quod fœmina non possit cum pluribus cohabitare, ergo nec maritus.

RESP. Rationem differentiæ dedi in quæstione præcedenti.

OBJ. (2) Quod is, qui dimittit uxorem, & aliam ducit, adulterium committat, *Matth.* 19. *v.* 9. 1. *Cor.* 7. *v.* 10. tantum ergo abest, durante vinculo aliam uxorem superinduci posse.

RESP. (1) Servator loquitur de virtute: perfectus agit, qui amorem semel contractum non violat; at injustus non est polygamus, quia de jure suo disponit. Non ergo verum committit adulterium, qui dimittit uxorem sed,

ſed Ethice, eodem modo, uti adulter dicitur, qui alterius uxorem concupiſcit, uti homicida, qui fratri ſuo iraſcitur, &c.

Resp. (2) Polygamus non deſerit uxorem, ſed cohabitat cum omnibus, adeoque textus ille ad hunc caſum applicari nequit.

Obj. (3) Quod polygamia ſit contra primam inſtitutionem; quia Deus unum marem unamque fœminam creavit.

Resp. Immo ex hac prima inſtitutione ſolum apparet, Deum hominem cum fœmina conjunxiſſe, in polygamia autem tot ſunt conjunctiones, totque matrimonia, quot coitus.

Obj. (4) Quod definitio nuptiarum, *viri atque mulieris conjunctio*, videatur excludere polygamiam. Vid. *pr. I. de Patr. pot.*

Resp. Vera manet hæc definitio, ſtante quoque polygamia; nam tot hic erunt nuptiæ, quot conjunctiones & pacta.

Jure Civili & Jure Gentium ſecundario prohibita eſt polygamia. *L.* 2. *C. de Inceſt. nupt. Moribus* pœnam gladii incurrit bigamus, *Phil. L.* 1. *Ecl.* 50. nec magiſtratus de hac pœna diſpenſare poteſt, ſed ſolus Princeps *Struv. Ex.* 29. *th.* 52.

Qu. X. *Quaenam ſint pœnae ſecundarum nuptiarum?*

Resp. Præmittendum eſt, ſecundas nuptias eſſe quidem favorabiles, reſpectu habito ad utilitatem publicam; at intuitu liberorum prioris matrimonii admodum ſunt odioſæ, *L.* 5. §. 1. *C. de Sec. Nupt. Brunn. ad L.* 15. *ff. de Adopt. n.* 6. *Müll. Ex.* 29. *th.* 53. *lit. d.* Imprimis ſi præpoſteratæ ſint, & intra annum luctus fiant, cujus rei effectus late recenſet *Brunn. ad L.* 1. *C. de Sec. nupt. n.* 6. *ſeq.* & quintuplices pœnas in tales nuptias ſtatutas ait *Müll. d. th.* 53. quas tamen ſæpius ceſſare docet *Ex.* 31. *th.* 16. *lit. X. Not.* 6. Sed etſi præpoſteræ non ſint, nihilominus circa has nuptias certæ quædam pœnæ ſunt conſtitutæ, illæque VEL in bonis, a priori conjuge acquiſitis: VEL in bonis propriis. *Brunn. L.* 3. *C. eod. n.* 1. & 2. Ratione ILLORUM clare diſponunt Jura, omnia lucra prioris matrimonii tantum quoad uſumfructum viduæ nubenti cedere, proprietatem autem æqualiter (olim ex arbitrio, *l.* 3. *C. h. t.*) inter liberos prioris matrimonii diſtribui debere, *l.* 5. *C. de Sec. nupt. Auth. Lucrum. C. h. Brunn. ad d. L.* 3. *C. n.* 3. & 4. *Struv. Ex.* 39. *th.* 53. adeo, ut pro hac proprietate liberis

Laut. pag. 442. verb. *ſucceſſiva honeſta eſt &c.*

ris tacita hypotheca in omnibus parentum bonis competat. *Brunn. ad L. 2. §. 2. C. de Sec. nupt.*

Eadem ratio, & idem jus eſt in illis bonis, quæ conjux ex ſucceſſione liberorum prioris matrimonii acquirit, *Struv. d. th.* 53. ſive ex teſtamento filii, (niſi poſt ſecunda vota id factum ſit; quia tunc injuria, per ſecundas nuptias illata, a teſtatore filio remiſſa cenſetur, *Auth. Teſtam. C. h. Brunn. ibid.*) ſive ab inteſtato, ſi bona ſint profectitia: nam in adventitiis & caſtrenſibus pleno jure conjux ſuccedit; quia liberi ea a patre non habent. *Brunn. d. l. Struv. d. th.* 53.

Atque hæ pœnæ æque obtinent in viro ac muliere. *Brunnem. d. l. n.* 16. *Nov.* 22. *c.* 23. vide tamen *Brunn. ad L.* 5. *pr. C. eod. Müll ad d. th.* 53. *lit. d. &c.*

De HIS, ſcil. propriis conjugis bonis, conſtituitur, ne ullo titulo denuo nubens plus conferre poſſit in novam conjugem, quam contulit in unum liberorum prioris matrimonii, & illum quidem, qui minimum accepit, *l.* 6. *C. de Sec. nupt. ibique Brunn. Struv. d. th.* 53. quæ diſpoſitio tamen ad oneroſos contractus non pertinet. *Brunn. ibid. n.* 4. *in fin.* De aliis pœnis *vide late Struv. d. th.* 53. *ibique Müll. lit. ω & αα.*

Ceſſant autem hæ pœnæ ſecundarum nuptiarum (1) ſi liberi vel non exſtent, vel præmortui ſint. *Nov.* 22. *c.* 26. *Müll. d. th.* 53. *lit. δ. Mynſ. Cent.* 5. *O.* 24. *n.* 6. (2) Si liberi ſint ingrati aut alias a ſpe ſuccedendi excludantur. *Müll. d. l. δ.* (3) Si liberi prioris matrimonii conſentiant *Struv. d. th.* 53. *ibique Müll. lit. ψ. Brunn. d. l. n.* 13. *&* 19. Quod etiam (4) factum videtur, ſi prioris matrimonii liberi parentem hæredem inſtituant. *Struv. d. th.* 53. *ibique Müll. lit. ξ. Brunn. ad d. l.* 3. *n.* 19. *Nov.* 22. *c.* 46. §. 1. Ceſſant quoque (5) illæ pœnæ Jure Saxonico, *Müll. d. l. lit. ψ.* nec non (6) Jure Marchico: *Brunn. ad L.* 10. *C. de Sec. Nupt.* ut & (7) ſi matrimonium non eſt conſummatum, *Brunnem. ad d. L.* 3. *n.* 19. item (8) ſi conjux minor eſt, *Brunnem. d. n.* 19. (9) ſi diſpenſatio principalis accedat, *Müller. ibid. Mynſ. cent.* 5. *O.* 24. *in fin.* de quo tamen merito dubito, ſi diſpenſatio ſecundis nuptiis contractis quæratur: nam tunc jus liberis jam quæſitum eſt ex Lege Civili, quod illis invitis Princeps auferre nequit.

Atque hæ pœnæ ſecundarum nuptiarum hodieque obtinent, *Lynck. in Anal. ad Struv. d. th.* 53. *Müll. ibid. lit. φ. not.* 14. inprimis quæ in favorem liberorum primi matrimonii conſtitutæ ſunt. Conf. *Brunn. ad L.* 10. *C. de Sec. nupt. Scip. Gent. de Sec. nupt. c.* 8. *Rittersh. Jur. Juſt. p.* 4. *c.* 4. *Joh. del Ca-*

Caſtel. de Uſufr. c. 2. *Reyſer. ad Auth. Ex teſtam. C. de Sec. nupt. Old. Claſſ.* 5. *act.* 5.

Atque ita in Curia Halberſtadienſi uxori, ad ſecunda vota convolanti, per tres conformes ſententias proprietas lucri, quod ex priori matrimonio habuit, ademta eſt in cauſa Hartmann, c. Dietrich, d. 4. Maji 1693. d. 1. Mart. 1694. d. 5. Sept. 1695.

QV. XI. *An ſpadones nuptias contrahere poſſint?*

NEGATUR, ſi *ſcelere* ſuo tales ſunt, *L.* 14. §. *f. de Manum. vind.* ibi: *non idem eſt in caſtrato*; quia beneficia Juris Civilis non dantur delinquentibus: Secus vero, ſi *caſu* tales fiunt: (de qua differentia vide *ſupr. tit. de Adopt.*) hi enim nuptias omnino contrahere poſſunt, per *L.* 14. §. *f. de Man. vind.* ibi: *& ſi ſpado velit matrimonii cauſa manumittere, poteſt.* & evidentiſſime in *L.* 39. §. 1. *ff. de Jur. dot.* *Laut. pag.* 443. verb *ſpadones &c.*

OBJ. *L.* 10. *C. de Repud.* ubi uxori licitum eſt, marito, qui ob naturalem imbecillitatem intra biennium cum ea non cohabitavit, repudium mittere.

RESP. Aliud eſt, an ſpado conſentiente uxore nuptias contrahere poſſit, aliud, an uxor, ſi neſciat ab initio imbecillitatem, ad diſſolutionem agere poſſit, & utrumque affirmatur.

OBJ. Quod finis matrimonii ceſſet; quia generare ſpadones non poſſunt.

RESP. Finis principalis matrimonii, ſcil. individua vitæ conſuetudo, etiam in ſpadone obtinet.

QV. XII. *An matrimonium, in ſecundo gradu lineae inaequalis contractum, reſcindatur?*

AFFIRMATUR: Adeoque nuptiæ, cum patrui vidua, cum avunculi vidua, & prædefunctæ uxoris ſororis filia contractæ, ſunt ipſo jure nullæ. *Diſſent. Laut. pag.* 443. verb. *de facto tamen &c.*

De patrui vidua id extra dubium poſitum eſt: nam contra Legem naturæ concumbunt, adeoque in dies multiplicaretur peccatum, ſi non reſcinderetur.

OBJ. Quod Moſes non jubeat diſſolvi matrimonium, ſed tantummodo pœnam addat: *portabunt ambo iniquitatem eorum, & ſine liberis morientur. Lev. XX. v.* 20.

Resp. (1) *Berger. Resol. h. in fin.* ἀτεκνίαν pœnam fuiſſe morti ſimilem, exemplo filiæ Jephtæ.

Resp. (2) Senſum illius loci eſſe, diſſociandos eſſe tales conjuges, antequam habeant liberos, ne habere poſſint. At (3) verior eſt reſponſio, quod licet liberi ex tali conjugio ſuperſint, non tamen liberorum loco habendi ſint, ſed pater improlis decedere videatur: non ergo ſequitur, conjugium durare debere.

Vid. *omnino Berger. d. l.* Diſſentit *Laut. pag.* 443. *ibique Carpz. l.* 2. *tit.* 6. *def.* 99.

Hodie diſpenſari de tali matrimonio poſſe, ait *Seld. de Ux. Ebr. L.* 1. *c.* 6. *Ex.* 36. *th.* 40. At falſum id omnino eſt de patrui vidua, ubi ipſa Lex naturæ repugnat, *Vid. Berger d. l.* In reliquis verum eſt, prohibitionem eſſe ex ſolo Jure Civili, de quo Princeps diſpenſare poteſt. Diſſentit *Dn. Berg. d. l.*

Qv. XIII. *An eadem ſit ratio prohibendi in avunculi vidua, quae in patrui vidua?*

Equidem certum eſt, verbis *Lev.* 18. *v.* 14. *&* *c.* 20. *v.* 20. tantum prohiberi conjunctionem cum patrui vidua; at quia idem gradus, eademque prohibendi ratio, reſpectus ſcil. parentelæ, ſubeſſe videtur, Doctores extendunt hanc prohibitionem etiam ad avunculi viduam, atque inter Judæos quoque Karæi hoc defendebant contra Talmudicos.

At negari nequit, Talmudicorum ſententiam & verbis & rationi Sacræ Scripturæ magis convenire: nam (1) certum eſt, verbis prohibitionis avunculi viduam non contineri; nam vox hebræa ſignificat *affinem ex patre*, ſive *patruam.* Certum quoque eſt (2) eam ſententiam tum Joſephi, tum Rabbinorum, tum hodiernæ Judæorum Eccleſiæ teſtimonio niti. Sed & (3) ratio prohibitionis, quæ in priori caſu fuit, hic ceſſat, neque enim avunculi vidua una mecum eſt caro, nec unitas familiæ hic ſubeſt.

Obst. (1) Quod Deus in genere *Lev.* 18. *v.* 6. edixerit: *Omnis homo ad proximam carnis ſuae non accedat, ut revelet turpitudinem ejus &c.* quæ ratio generalis etiam ad avunculi viduam pertinet.

Resp. Immo avunculi mei vidua non eſt proxima carnis meæ.

Qu. XIV. *An Nuptiae cum defunctae uxoris sorore jure naturae & divino licitae sint, & Princeps dispensare de iis possit?*

Affirmatur: Cum tota ratio graduum prohibitorum, ex principiis juris naturæ & divini, evidentissime, ac novis plane argumentis, demonstrata sit in Responso eruditissimo facultatis Viadrinæ a *B. Parente* olim elaborato, operæ pretium duxi totum illud hic inferere.

RESPONSUM.

Als derselbe über die Frage:

Ob nicht mit Obrigkeitlichem Consens und Dispensation zugelassen werden könne, daß ein Mann seiner verstorbenen Frauen Schwester, welche Sorores consanguineæ gewesen, Tochter, sich verehelichen möge?"

Unsere in Natur gött- und weltlichen Rechten gegründete Meynung, cum rationibus dubitandi & decidendi erfordert; Demnach achten wir Decanus &c. befindenden Umständen nach dafür:

Hat Mevius, ein Fürstlicher Bedienter, nachdem seine erste und andere Frau frühzeitig gestorben, seine Töchter erster Ehe ausgestattet, mithin Er sein Haus Fremden überlassen müßte, seine beyde noch kleine Töchter aber einer guten Erziehung vonnöthen haben, sich wiederum zu verehelichen entschließen müssen, und nach wohlbedächtiger Ueberlegung der Sache zu seiner verstorbenen ersten Frauen Schwester Tochter, welche auch seiner jüngsten Tochter Pathe ist, das Vertrauen gefaßt, daß, wie Sie sich gegen dieselben bishero sehr gütig bezeiget, also in Zukunft Sie wohl halten, und in allem Guten erziehen, und Er gleichfalls an ihr eine anständige Ehegattin finden werde; In der Fürstl. Anhält. Landesordnung aber solche Ehe verbothen; Jedoch aber daselbst *Tit. 7. in fin.* laut Extractus A. die Durchl. Fürsten von Anhalt in denen Gradibus, welche in GOttes Wort nicht expresse verbothen sind, die Landesherrl. Dispensation Sich vorbehalten, und wird demnach gefraget:

Ob solche Dispensation ohne Scrupel geschehe?

Weil nun solches aus denen gemeinen und Civil-Rechten nicht entschieden werden kan, vielweniger es auf die Autorität und Meynungen der Dd. ankommt, sondern alleine constans ratio naturalis die Richtschnur seyn muß;

 arg.

arg. §. 1. verf. Quod vero naturalis. junct. §. 11. I. de Jur. Nat. Gent. & Civ.

Insonderheit aber diesfalls von dem wahren Verstande des göttlichen Moral-Gesetzes gefragt wird, welcher nicht anders als aus dem rechten Grund, worauf diese Ehegesetze gebauet sind, erkennet und erkläret werden kann; derselbe Grund aber gleichfalls streitig ist; Als sind zuvörderst drey Fragen zu unterscheiden und zu erörtern:

1. Ob das Verboth auf die *Lev.* 18. & 20. benamte Personen oder auf die Gradus gerichtet, und, nominata persona, der ganze Gradus verbothen seye?

2. Wann keines, welches dann der rechte und beständige Grund dieser Gesetze, und welche dessen eigentliche Gräntzen seyn?

3. Ob dann solche Heyrath mit der verstorbenen Frauen Schwester Tochter nach der heiligen Schrift und denen darinnen enthaltenen göttlichen Gesetzen zuläßig sey, und folglich die Hochfürstl. Herrschaft diese Heyrath unbedenklich, und ohne sich deshalben einen Scrupel zu machen, gnädigst verstatten, und die gesuchte Hochfürstl. Dispensation in Gnaden ertheilen könne?

Erste Frage.

Ob nun schon, was die Erste Frage betrift, durchgehends die Theologi und JCti dafür halten, und zum Grunde setzen, daß *Lev.* 18. nicht bloß die allda benamte Personen, sondern auch die in gleichem Gradu stehende, mithin bey jedem Verboth der Gradus totus verstanden werde;

So sind Wir doch der beständigen Meynung, daß das Verboth *Lev.* 18. weder gerichtet sey auf die Gradus Cognationis & Affinitatis, dergestalt, daß wann gewisser Personen gedacht wird, darunter alle diejenigen, so in gleichem Gradu sich befinden, begriffen und verstanden werden; Noch auch auf die Personen, dergestallt, daß außer den Benamten alle übrige Ehen verstattet seyen; und beydes sowohl an sich, nach der natürlichen gesunden Vernunft, als ex *d. c.* 18. selbst offenbar seye;

Massen, daß auf die Gradus nicht gesehen sey, ergiebt sich nicht nur daraus, weil in göttlicher Schrift die Blutsverwandten und Affines nach der Linea recta ascendentium & descendentium gezählet werden, die Computatio Graduum in Linea collaterali aber, worauf es sonderlich ankommt, in Sacris nirgends

gends befind- oder gebräuchlich, zumalen auch mehr Juris positivi, und insonderheit Jure Romano zur beständigen Form gebracht ist, folgends Moses auf diese der Zeit unbekannte und ungewohnte Computation und Zählung der Graduum Lineæ transversæ nicht gesehen, noch dieselbe zum Grunde gesetzet hat;

Sondern auch, weilen in *d. Cap. Levit.* viele Personen ejusdem Gradus genennet werden, und dennoch dieselbe, ob sie schon in einem Grad sind, nicht unter einem Verboth begriffen, sondern allezeit auf jede Person ein eigenes absonderliches Verboth gesetzt ist: Welches demnach kein Verboth seyn kann, so auf den ganzen Grad, sondern nur auf die benennete Person geordnet ist; Als wie von jeder Schwester ein absonderlichs Gesetz und Verboth gemacht, und die Ehe cum Germana ac Consanguinea, *v.* 9. cum Uterina, *v.* 11. mit des Vatern Schwester, *v.* 12. mit der Mutter Schwester, *v.* 13. absonderlich verbothen werden, ob diese beyde schon in einem, und alle Schwestern in gleichem Grad sind, wie auch die Stiefmutter, und die Schnur beyde in eodem Gradu primo sind, und doch auf jeder ein besonder Verboth stehet, *v.* 8. & 15. und ist demnach ohne Zweifel falsch, quod *Lev.* 18. & 20. nominata persona, totus gradus nominatus & prohibitus intelligatur, sondern im Gegentheil klar, daß auf jede Person, wann die schon ejusdem Gradus ist, ein absonderlich Verboth gesetzet, und dennoch solches nicht auf die Gradus, sondern auf jede Personen gerichtet sey; Massen sonsten die Absurdität folgen würde, daß daselbst ein Gradus zu zwey- drey- und mehrmalen verbothen, und ein Verboth von einem Fall öfters inutiliter wiederholet und cumuliret worden seye; Und noch ein ungereimters, daß, wann, nominata persona, paritas gradus gemeynet und verstanden werden müßte, ein Mann seine Ur-Urenkel, Abneptem in quarto gradu, eben wie Consobrinam, quæ in eodem gradu est, ehelichen möge, und selbige Regel und Parität beydes in Linea recta & transversa gelten müßte, nachdem ein Unterscheid der Linien daselbst nicht gemacht, und nirgendsher zu sehen ist, daß in etlichen Fällen Graduum Paritas, in andern aber dieselbe nicht angesehen werden solle.

Zweytens ergiebt sich auch aus obgemeldtem Hauptgrund *d. c.* 18. *v.* 6. wie weit im übrigen die Gränzen dieses Verboths gehen; so in denen Worten stecken: *Ne quis ad carnem carnis suae accedat.* Und werden demnach dieselbe einzig und alleine in unitate carnis vel sanguinis beschlossen, deme diese Reverentia & Sanctitudo von der Natur gleichsam eingepräget ist.

Diese vera & naturalis unitas carnis nun ist gleichfalls zweyfach: als zuvörderst eine zwischen Eltern und deren Söhnen oder Töchtern, die ohne Mittel oder im ersten Grad von denselben gebohren, und also aus derselben wahren und we-

wesentlichen Leib und Blut bestehen; Massen, ob schon der Eltern Geblüte auf alle ihre Descendenten per medios Gradus fortquillet, und propagiret wird, und sie also alle mit ihrem Ursprung eines Geblüts, mithin eines Fleisches sind; so sind doch die Söhne und Töchter erstern Gradus eigentlich aus dem Saamen und Geblüte ihrer Eltern gezeuget, dergestalt, daß alles, woraus sie ursprünglich und in ihrer Geburt bestanden, als Fleisch und Blut ihrer Eltern, nämlich Portio viscerum & substantiæ paternæ & maternæ, mithin verissime unum cum iis corpus gewesen sind,

L. 1. §. 1. *ff. de inspic. vent.*

Die Andere Unitas corporum zwischen Eheleuten, als Mann und Weib, welche gleichfalls ein Leib sind, beydes ex prima Institutione, und ex Commixtione corporis.

Aus der ersten Specie unitatis entspringen die Prohibitiones ob Consanguinitatem, aus der andern ob Affinitatem. Beyde Prohibitiones haben ihren Grund und Ursprung in der Reverentia sanguinis, welche, wie obgedacht, zwischen Eltern und Kinder, in Ansehung, daß diese alle aus jener Geblüte gezeuget sind, in infinitum hindert; Und hieraus fließen demnach alle Prohibitiones sacræ vollkömmlich, und betreffen entweder diejenigen, qui vel caro nostra, vel carnis nostræ caro sind; nämlich wir sind unserer Eltern, und unsere Kinder sind unser Caro, Fleisch und Blut, & ideo non licet accedere ad eos, seu ad carnem nostram, welches der Grund des Verboths in Linea cognationis recta, und außer allem Streit ist. Die nun ferner mit einem unserer Eltern oder unserer Kinder ein Caro, ein Leib sind, dieselbe sind nicht nostra, sed carnis nostræ caro, und ist deswegen auch zwischen denenselben die Ehe unerlaubt; denn weil hier allein die Frage de conjunctione corporum ist, und die oftgemeldte Relatio & Reverentia sanguinis denen Corporibus anklebt, und zwischen denselben die eheliche Conjunction und Detectionem pudoris hindert, so wird daraus nothwendig geschlossen, daß, wie die Kinder ihrer Eltern Fleisch und Blut, und also ihr Caro sind, mit welchen sie sich wegen angeregter von der Natur demselben eingeprägten Relation und Reverenz, gegen den Ursprung ihres Geblüts ehelich nicht vermengen können, also solches eben wenig ihnen mit denen verstattet seye, mit denen ihre Eltern oder ihre Kinder wirklich ein Leib, und also carnis suæ caro sind, weil dieses in der That und Wahrheit eine Vermischung mit dem Leibe ihrer Eltern oder Kinder selbst seyn würde, indem es wahrhaftig deren Fleisch und Blut, und mit ihnen ein Leib, mithin Detectione horum turpitudinis in der That eine detectio turpitudinis parentum, und diese ratio fast bey jedem Verboth ausdrücklich beyge-

gefüget ist. Welches demnach der Grund omnium prohibitionum in linea collaterali, & inter affines ist, wie solches für Augen liegt.

Dann aus diesem Grund werden Erstlich ob Consanguinitatem uns die Ehen mit denen verbothen, die von unsern Eltern ohne Mittel gebohren, das ist, die unserer Eltern oder Voreltern leibliche Brüder oder Schwestern sind, als Soror, Amita, Amita magna, Pro-Amita &c. quæ verissima pars substantiæ sunt corporis nostrorum Parentum, Avorum, Pro-Avorum, Ab-Avorum &c. Und erstreckt sich demnach dieses Verboth in Linea cognationis collaterali nicht weiter. Dahero dann die Ehen mit derselben Kinder, welche nicht unserer Eltern oder Voreltern Kinder, ohne Mittel und primi gradus, sondern deren Enkele sind, als unsere Consobrini, oder Consobrinus proprius, &c. unverwehret sind; weil wir zwar aus der Substanz und Geblüte unserer Eltern, nicht aber aus dem Geblüte derselben Schwester und Brüder gezeuget seyn, und demnach dieselbe zwar caro carnis nostræ (nämlich Parentum nostrorum caro), ihre Kinder aber weder caro nostra, weil weder wir von Ihnen, noch Sie von uns herkommen, noch caro carnis nostræ sind, weil sie nicht aus dem Saamen und Geblüte derjenigen bestehen, und gebohren, und also nie deren portio viscerum gewesen, welche von uns, oder wir von ihnen herkommen.

Desgleichen werden aus diesem Grund auch Zweytens ob affinitatem die Ehen mit denen verbothen, die mit unsern Eltern oder Kindern verehelicht, und also gleichfalls mit denenselben ex altera specie unitatis ein Leib, mithin carnis nostræ caro sind.

Solches geschiehet nun in linea affinitatis, wann entweder ein Mann oder Weib mit unserer Eltern oder Voreltern einem verehlicht gewesen, als Vitricus, Pro-Vitricus, Noverca, Pro-Noverca, &c. oder mit einem unserer Kinder oder Nachkommen, als Gener, Pro-Gener, Nurus, Pro-Nurus, &c. Oder unsers Ehegatten Eltern sind, als Soceri, Pro-Soceri, &c. Oder unsers Ehegatten Kinder, als Privigni, Pro-Privigni: Massen die beyde erstere Gattungen solcher verbothenen Personen sind nostræ carnis caro; denen beyden letztern aber sind wir ipsorum carnis caro.

Wie nun hieraus *Lev.* 18. drey Classes verbothener Ehen entstehen; als Erstlich in Linea Cognationis recta, mit unsern Eltern und Kindern in infinitum; Zweytens in Linea Cognationis transversa, mit unsern und unserer

Eltern Geschwister, welche letztere in infinitum nobis parentum loco sind, und also genennet werden;

§. *Item amitam. 5. I. de Nupt.*

Und drittens in Linea Affinitatis recta gleichfalls in infinitum; Also erscheinet zugleich daraus, daß dieselbe alle insgesammt unter der daselbst v. 6. vorhergesetzten Grundregel stehen: Ne quis accedat ad carnis suæ carnem; Weil alle diese verbothene Personen entweder unsere Eltern und Kinder, oder mit denenselben eadem caro, ein Fleisch und Blut sind, und demnach in allen diesen Fällen eine Commixtio cum ipso corpore parentum vel liberorum, folgends eine detectio turpitudinis unserer Eltern und Kinder selbst jedesmal wirklich enthalten ist; worauf der göttliche Legislator sich einzig und alleine beruft, und solches pro ratione fast bey jedem Fall ausdrücklich anziehet.

Als halten wir dem allen nach beständig dafür, daß dieses Verboth weder auf die Paritatem Gradus, noch auch alleine auf die benamte Personen gerichtet, sondern daß die in *d. v.* 6. selbst erklärte Unio carnis, seu Communicatio sanguinis der rechte Grund desselben, und auf diesen Fuß die Streitigkeiten zu entscheiden seyen.

Und setzen wir demnach zuvörderst außer Zweifel, daß Moses seine Gesetze von verbothenen Ehen auf die Jure Romano, und jetzt in Linea collaterali gebräuchliche Computation nicht gegründet habe.

Daß aber auch daselbst nicht die genannte Personen alleine verstanden, noch alle übrige sich zu ehlichen zugelassen, und von dem Verboth ausgeschlossen seyen, ist gleichfalls unsers Ermessens aus einem zweyfachen Grunde offenbar: Als zuvörderst aus der unfehlbaren Regel: Idem jus esse, ubi eadem est ratio adæquata: als welches keine Regula Juris arbitrarii, sondern in naturali ratione unveränderlich gegründet ist, weil ratio adæquata dasjenige ist, welches die Meynung dessen, der etwas redet, oder disponiret, und wie weit dieselbige gehet, vollkömmlich anzeiget; angesehen nicht allezeit solche Wörter vorkommen, oder beyfallen, die den ganzen Begriff der intendirten Sache, und nichts anders, & nec plus, nec minus, bedeuten, sondern es sind hingegen die Wörter so beschaffen, daß sie durch den Gebrauch modo latius, modo strictius, und öfters für ganz etwas anders angenommen werden. Die Ratio adæquata aber ist Anima dispositionis, und die unwiegliche Mensura voluntatis, wornach Mens und Intentio dicentis vel agentis abgemessen, und wann jene bekannt ist, die ganze Intention außer Zweifel gesetzet ist;

L.

L. 17. *L.* 29. §. 30. *ff. de Leg. L.* 32. *ff. Ad L. Aquil.* *L.* 13. §. 2. *verf. Sed etfi ff. de Excuf.*

Deme dann auch der zweyte Grund beytritt, weil etliche Ehen, so bekanntlich verbothen sind, dennoch daselbst nicht angeführet werden; Massen außer Zweifel, und unter den Heydnischen Völkern selbst unstreitig ist, daß die Ehen inter Afcendentes & Defcendentes in infinitum unzuläßig sind, welches doch *in d. cap.* 18. nicht exprimiret, sondern nur der Ehen zwischen Eltern und ihren Söhnen oder Töchtern oder Enkeln, weiter aber nicht, gedacht wird. Wie dann auch kein Verboth ist, seines Brudern Tochter zu ehlichen, und dennoch solche Ehe ex caufa confanguinitatis um so viel weniger für zuläßig gehalten werden kann, weil auch ex caufa affinitatis dergleichen verbothen, und weder mit des Vatern, noch mit der Mutter Schwester, oder welches eins ist, mit des Brudern, oder mit der Schwester Tochter, die Ehe verstattet wird.

Conf. *Lev.* 18. *verf.* 12. 13. & 16.

Beydes, nämlich, daß das Verboth beständig weder auf die Gradus, noch auf die Personen alleine geordnet seye, wird am kräftigsten dadurch bestärket, wann der rechte Grund des Verboths sich offenbarlich bey der folgenden Frage zeigen wird.

Zweyte Frage.

Was nun die zweyte Frage betrift, so hat die göttliche Schrift selbst den wahren Grund dieser Gesetze entdeckt, und durch eine generale Grundregel vorhergesetzt;

Lev. 18. *verf.* 6.

Und ist demnach dieses Orts wahrer und ursprünglicher Inhalt insonderheit einzusehen, welcher eigentlich also lautet: *Nemo homo accedet ad carnem carnis fuae, ut ejus turpitudinem revelet.*

Woraus zweyerley erhellet: Erstlich, daß der Grund und die Ursache des Verboths allda gesetzet wird in detectione turpitudinis, welche durch die fleischliche Vermischung geschiehet, und also natürlicher Weise streitet mit der Reverentia fanguinis, welche die Natur zwischen den Eltern und ihren Kindern oder Nachkommen, die aus deren Geblüte entsprossen sind, und daraus also ihr Wesen haben, gepflanzet. Dahero erstreckt sich diese Reverentia fan-

guinis auf die ganze gerade Linie in infinitum, und wird durch die Länge der Propogation nicht geschwächt, sondern mit derselben perpetuiret, so, daß durch die fernere Gradus generationum dieselbe nicht gemindert, sondern durch deren Fortpflanzung gegen ihren Ursprung als die Autores und Urheber des Wesens und Existenz, gleichsam gesteigert wird, und selbst mit dem Alterthum immer anwächst und zunimmt.

Dritte Frage.

Ob nun schon demnächst, was die dritte Frage belangt, unter dem wörtlichen Inhalt solcher obgesetzten in *d. vers.* 6. enthaltenen Grundregel, kein weiters Verboth begriffen ist, und dennoch ausdrücklich daselbst nicht zween Fälle unter die verbothene gezählet werden, nämlich: daß niemand seines Bruders und seines Oncles Wittwe heyrathen solle,

Lev. 18. *v.* 14. 16. & *Lev.* 20. *v.* 20. 21.

Die doch weder Caro nostra, noch Carnis nostræ caro sind, daraus geschlossen werden möchte, daß auch niemand seiner Frauen Schwester, oder seiner Frauen materteram, als welche in gleichem Gradu stehen, zur Ehe haben könne;

So sind wir doch der Meynung, daß diese jetzo quæstionirte Fälle nicht verbothen seyen. Und setzen zuvörderst zum Grunde, daß, wer sich auf ein Verboth beruft, solches beweisen müsse, tum, quia id incumbit asserenti;

L. 2. *ff. de Probat*

tum, quia prohibitio facti est, quod inprimis probandum,

L. fin. C. de Solut. Dd. ad L. 12. §. 2. *de Capt. & postlim. rev.*

Insonderheit aber muß Prohibitio Legis, woran die Menschen gebunden seyn sollen, nothwendig und völlig bewiesen werden, weil niemand ein Gesetz überschritten zu haben überführet werden kann, wann nicht zuförderst das Gesetz, und dessen Verboth ihm gezeiget, und zulänglich erwiesen wird. Neque enim obligari quisquam potest ad servandam Legem, de qua non constat, nec Lex violari, quæ non apparet, & existere probatur; Gestalt dann auch deswegen, wann schon ein Gesetze wirklich verordnet ist, solches doch niemand verbindet, nisi publicatione in omnium quoque notitiam pervenerit, mithin vielweniger, si nec quidem constet, eam latam esse.

Vor

Vor allem aber ist plena probatio diesfalls, da de Cohabitatione conjugali gefragt wird, nöthig, weil GOtt und die Natur dieselbe nicht nur zum Besten des menschlichen Geschlechts und zu dessen Conservation eingesetzt, und dazu das Vermögen gegeben, sondern auch einen starken Trieb und heftige Propension, allen Thieren sowohl, als den Menschen eingegossen, und muß demnach bey solcher göttlichen Universal-Concession, Approbation und Stiftung es so lange allerdings gelassen werden, bis dawider ein klares Verboth völlig erwiesen wird;

Immassen dann auch deswegen sonderlich die Matrimonia de genere permissorum in Rechten gehalten werden, quæ pro permissis habentur donec probentur prohibita; welche Regel dann auch in Canonischen Rechten selbst ausdrücklich gegründet ist,

C. 23. de Sponsal. in verb. cum prohibitorium sit edictum de matrimonio contrahendo, ut, quicunque non prohibetur, per consequentiam admittatur.

Daß nun aber das Verboth seiner verstorbenen Frauen Schwester, oder derselben Mutter Schwester zu heurathen, aus göttlichen Rechten nicht erwiesen seye, zeiget

1. Der Augenschein, indem weder *Lev.* 18. noch *Lev.* 20 noch irgends anderswo ein solches Verboth zu finden; sondern

2. Hingegen, das Verboth in Linea affinitatis collaterali ausdrücklich restringiret und eingeschränkt ist auf des Bruders oder Oncles Frau, welche ihres verstorbenen Mannes Bruder oder dessen Söhne nicht heyrathen kann: Da dann bekannt ist, quod exceptio firmet regulam in casibus non exceptis.

L. 12. §. 43. vers. denique ff. de Instr. leg. L. 1. vers. Hujus rei. ff. de Off. ej. cui mand. est jurisd. L. 4. §. fin. de Pen. leg. Nov. 7. c. 2. H. Pist. Lib. 2. Quaest. 27. n. 7. Thoming. Dec. 16. n. 9.

So ist auch 3. dieses Verboth weder unter der oftgemeldten Grundregel *L.* 18. *v.* 6. begriffen, weil unserer Frauen Schwester oder Muhme weder nostra, noch Carnis nostræ caro ist, noch kann es daraus bündig inferiret werden; Massen, ob schon auch unsers Bruders, oder Oncles Wittwe, wie schon gedacht, nicht unter den Worten derselben Regel enthalten ist, so wird doch dasselbe Verboth ex ratione & causa istius regulæ, nämlich ex Reverentia durch eine rechtmäßige Folge geschlossen und inferiret; Anerwogen daß nach gött- und natürlichen Rechten eine Frau durch ihre Verehelichung Theil nimmt an allen geist- und weltlichen Rechten ihres Mannes, denn sie dadurch dergestalt eintritt in consortium omnis vitæ, ut Divini, humanique Juris fiat comunicatio.

L. 1. ff. de Rit nupt. L. 4. C. de Crim. exp. haer. in verb. socia rei humanae atque divinae. L. 14. in fin. ff. Sol matr.

Weswegen sie dann auch insonderheit, und nicht weniger von dieser Reverentia, quæ sanguini mariti, als von der, quæ dignitati ejus cohæret, participirt;

L. 8. ff. de Senat.

Und von jener vielmehr, quia dignitas meri Juris Civilis temporaria, & ampulatoria, sanguinis autem reverentia a natura insculpta, perpetua & indelebilis est. Es wird also dieselbe per conditionem matrimonii, wie ein gemeinsames Beneficium & Vinculum, als auch ein gemeinsames Beneficium nuptiarum, und kann demnach die Wittwe unsers Bruders oder Oncles mit uns sich nicht verehlichen, nicht weil sie, sondern, weil ihr gewesener Maritus, als unser Bruder oder Oncle unsers Vatern oder Grosvatern wahres Fleisch und Blut, und sie also nostræ carnis caro gewesen, cui insedit illa sanguinis reverentia, quæ impedimento est nuptiis, & quam adeo cum suis effectibus uxor natura participat. Woraus dann diese beständige Regel fleußt, daß wann die Ehe nach göttlichen Rechten, und also ex Reverentia sanguinis dem Manne, dieselbe nothwendig auch dessen Wittwen verbothen seye.

Und ist demnach dieses Verboth zwar nicht unter den Worten der Regel, aber doch sub ejus communi ratione & sententia begriffen; Dieser Schluß aber fällt gänzlich hinweg, wenn gefragt wird, nicht ob das Verboth mit des Bruders Oncles Wittwen, sondern cum sororis & amitæ, vel materteræ viduo aus göttlichen Rechten erwiesen seye. Und erhellet nunmehr, daß solches nicht nur nirgends sich finde, sondern auch, daß es weder unter den Worten der Grundregel, noch sub ratione ejus begriffen sey, noch daraus geschlossen werden könne; weil die Reverentia sanguinis, als Causa impedimenti nicht weiter, als zwischen uns und unsern Schwestern und Muhmen, nicht aber auf deren Ehemänner sich erstreckt, welche weder Carnis nostræ caro sind, noch durch die Ehe in die Jura uxorum earumve familiæ, mithin nicht in communionem reverentiæ sanguinis, die mit ihren Ehefrauen und deren Geblüt verknüpft ist, treten, weil die Frau dem Mann, nicht aber der Mann der Frau folget, und er nicht von ihren Juribus familiæ, dignitatis, sanguinis, eique inhærentis reverentiæ, sondern sie von seinen participiret, so cessiret in unserer Schwestern und Muhmen gewesenen Ehemännern die ganze ratio & causa impedimenti, wodurch wir unsers Bruders und Oncles gewesene Ehefrauen propter communicationem reverentiæ sanguinis zu heyrathen verhindert werden; und kann also weder ex verbis regulæ, nec ex ejus ratione & sententia dieses Verboth geschlossen, und erwiesen werden; Und wird solches ferner dadurch bekräf-

kräftiget, weil nicht nur an den obgemeldten Orten *Lev.* 18. & 20. nirgends von der Frauen Schwester, oder derer Muhmen, sondern alleine von des Brudern, und des Oncles Frauen geredet, und darauf das Verboth ausdrücklich restringiret wird, sondern auch, weil solche Restriction nicht einmal nur geschehen, sondern zu vier unterschiedenen malen wiederholet, und allemal das Verboth auf des Brudern und Oncles Wittwe eingeschränkt, niemals aber auf der Frauen Schwester und Muhmen erstreckt wird. Massen an zweyen Orten, *Lev.* 18. *v.* 16. & *Lev.* 20. *v.* 21. beständig stehet: *Ne quis fratris viduam ducat*; und gleichfalls an zweyen Orten: *Ni quis patrui sive avunculi* (vox enim Hebræa utrique communis est) *viduam ducat*;

Lev. 18. *v.* 14. & 20. *v.* 20.

Quæ perpetuæ restrictionis geminationes & iterationes eam maxime confirmant, & mentem verborum certam, præcisam & enixam demonstrant, sensumque eorum clarum & perspicuum reddunt, ut nihil opponi possit, uti vulgo Dd. tradunt

apud *Color. Proc. exec. Lib. I. cap.* 10. *n.* 211. *Cravett. Conf.* 685. *num.* 6. & alibi sæpius. *Goedd. Conf. Marp. Vol.* 1. *conf.* 24. *n.* 4. *&c.*

Ea enim vis geminationi insignis tribuitur, ut, quemadmodum verba generalia geminata, (nec dum sæpius repetita) omnem restrictionem excludunt:

Besold. Conf. Tubing. part. 4. *conf.* 159. *num.* 62. *& seqq.*

ita specialia geminata omnem extensionem;

Cravett. Conf. 344. *n.* 12. & 13.

Es kann auch die Sache so vielweniger Zweifel nach sich lassen, wann angesehen und erwogen wird, wie eigentlich und genau daselbst die Personen, zwischen welchen die Ehen verbothen seyn sollen, absonderlich benamt, und nirgends aus einem verbothenen Grad nur einer Person gedacht, die übrigen aber, so in gleichem Grad, und gleichfalls verbothen sind, ausgelassen worden, sondern es sind dieselbe alle, wann schon einiger Zweifel dabey gewesen, besonders benennet und verbothen; gestalten dann, ob schon das Verboth zwischen Schwester und Bruder vielweniger, als zwischen deren Wittwen, und fast gar keinen Zweifel hätte; so ist doch nicht nur der Schwestern und Brüder insgemein, oder etlicher gedacht, sondern alle Gattungen, so viel deren seyn können, als nicht nur die von beyden Banden, sondern auch die von einem Vater, oder von einer Mutter, in oder außer der Ehe, (wie die gesundeste Interpretation es giebt,) und wie sie auch von einem oder andern gebohren, absonderlich genennet und verbothen sind,

Lev. 18. *vers.* 19. & 11.

Und

Und kann also nicht geglaubet werden, daß der Legislator, da er alle Schwestern, und Brüder, die außer allem Zweifel, und unter den Worten der Regel in *verſ.* 6. schon begriffen waren, besonders genennet, hingegen die ex Linea affinitatis collaterali verbothen seyn sollen, und unter den Worten der Regel nicht enthalten, mithin darüber am meisten Zweifel war, ausgelassen haben würde.

Wie dann auch in folgendem Grad der Blutsverwandtschaft ebenfalls viel weniger Zweifel war, und sind dennoch besonders exprimiret; und nicht nur *verſ.* 12. daß niemand seines Vatern Schwester, sondern auch *v.* 13. daß niemand der Mutter Schwester nehmen; desgleichen in Linea recta affinitatis nicht nur *v.* 15. daß Niemand seine Schnur, sondern auch *v.* 17. daß Niemand seine Stieftochter heyrathen solle, verordnet, ob schon dieselbe alle in eadem affinitatis linea recta, eodemque gradu, und zudem sub verbis regulæ schon benennet waren.

Dahero da in den nähern Verwandschaften, und ungezweifelten Fällen keine verbothene Personen (die den Benannten nicht in allen ob unitate carnis gleich sind), übergangen, und der Folge ex sola paritate überlassen sind, so ist nicht zu begreifen, wie ex sola paritate gradus ein Verboth erwiesen werden könne in denen, die in Linea affinitatis collaterali, und also am weitesten von einander stehen, und die, da doch das Verböth am zweifelhaftigsten war, nirgend unter dem Verboth benennet, und weder unter den Worten der vorhergesetzten Grundregel aller Verbothe, noch unter derselben ratione adæquata begriffen sind.

Solches alles nun wird noch ferner unwiedertreiblich und zum Uiberfluß bestärket durch das kundbare Exempel des Patriarchen Jacobi, welcher ohne einig Bedenken seiner Frauen Schwester genommen, und bis an ihr Lebens Ende behalten, ohne daß einiges Zeichen des göttlichen Misfallens sich blicken lassen; Und würde also derselbe, wann GOtt solche Ehe durch ein moralisch und natürlich Gesetze verbothen, in steter Blutschande mit beyden Schwestern gelebt haben.

Nun kann aber ohne äußerste Schmälerung göttlicher Ehren nicht gedacht, vielweniger geglaubet werden, daß eben damals, als Jacob mit seinen Weibern fortgereiset, GOtt ihn also sorgfältig begleitet, gesegnet, beschützet, gar berühret, mit ihm umgegangen und gerungen, und so oft sich ihm geoffenbaret haben würde, wann er eben damals, und auf demselben Wege so ungescheuet und öffentlich in seiner Lege morali & naturali verbothener Blutschande zu leben continuiret hätte; Und mag nicht gesaget werden, daß GOtt auch mit David und an-

andern großen Sündern es also gehalten, wie solches nach geschehener Buße, oder um sie zur Buße zu bringen geschehen. Jacob aber hat die Rachel bis an ihr Ende behalten, ist deswegen nie erinnert, weniger bestraft, sondern hingegen vielmehr in währender dieser Ehe dermassen von GOtt beseligt worden, daß desgleichen Exempel nicht zu finden, welches, da es eine Lege morali verbothene Blutschande wäre, unsers Erachtens mit der höchsten Reinigkeit und Heiligkeit GOttes, und mit dessen Worten, daß er die Uebelthäter nicht leiden könne, und dieses Laster unter denen Ursachen gezählet, warum er die Cananäer ausgerottet habe, nicht bestehen kann; zu geschweigen, daß Joseph und Benjamin sammt ihren Nachkommen, wann sie aus solcher Blutschande gezeuget wären, nicht für eheliche Kinder und Erben der Verheissung und des gelobten Landes *Canaan* gehalten werden könnten. Und kann am wenigsten vorgegeben werden, daß GOtt hierinn dispensirt: Dann, zu geschweigen, daß solches erdichtet, und in der heiligen Schrift davon das geringste nicht zu finden ist, so ist hergegen bekannt, daß der heydnische Laban diese Ehe dem Jacob ohne göttliche Dispensation angesonnen habe. So kann auch nicht vermieden werden, daß *Lev.* 18. *v.* 16. die Ehe mit der verstorbenen Frauen Schwester deutlich zugelassen, und bloß nur befohlen wird, da bey deren Lebzeit es geschiehet, (wie damals zugelassen, war), daß alsdann zwischen zween leiblichen Schwestern die Æmulation und Eifersucht verhütet werden sollte, wie der Inhalt klar zeiget. Es könnten zwar viele Exempel diesfalls allegiret werden, welches aber destomehr für überflüßig gehalten wird, weil selbige offenbar, und unter evangelischen Reichsfürsten selbst bekannt sind, zumal auch durch viele Responsa und Consilia behauptet und publice approbirt worden.

Dahero dann uns um so vielweniger bewegen kann, daß viel vornehme Theologi und einige JCti anderer Meynung sind, nicht nur, weil, wie schon erwähnet, die Fragen von den moralischen und Naturrechten alleine aus beständigen Gründen der Natur und göttlichen Moral-Gesetzes entschieden werden müssen, und von der Autorität und Meynungen der Dd. nicht dependiren; sondern auch, weil die Dissentientes alle einzig und alleine in paritate gradus sich gründen, welches, wie ungegründet es seye, mit mehrern schon ausgeführet ist, womit diese Meynung von selbsten wegfällt, und dieses Verboth unerwiesen bleibt: Zumalen auch ins besondere bey dem Verboth des Brudern Frau zu ehelichen, *Lev.* 18. *v.* 6. nicht der Gradus, sondern dieses zum Grunde gesetzt wird: Dann sie ist deines Bruders Schaam. Welche Relation bey der Frauen Schwester, oder deren Tochter, gar sich nicht füget; quia, ut jam ostensum, maritus non sequitur causam uxoris, sed contra. Und wird daher niemals von Seiten des Mannes gesagt, daß es der Frauen Schaam, sondern es allezeit von Seiten der Frauen, daß es des Mannes Schaam seye, wie sonderlich *vers.* 8.

10. 16. klar, und aus den übrigen Præceptis erfolglich ist, in welchem allen die Schaam dessen angezogen wird, cui debetur reverentia, welchem zu Folge dann, ob zwar man meynen möchte, sicherer zu seyn, die Dispensation zu verweigern, so scheint uns noch vielmehr solches in einem so starken Trieb, als die einmal gewurzelte Liebe ist, vielmehr gefährlich; und dadurch zu besorgen zu seyn, daß durch solchen Abschlag nur Anlaß zu verborgenen Sünden und Uebertretungen gegeben werden dürfte, und dahero eine christliche hohe Obrigkeit ihr Gewissen besser befriedige, wann sie nach dem vernünftigen Ausspruch *Grotii de Jur. Bell. & Pac. Lib. 1. cap.* 4. §. 7. *& lib.* 3. *c.* 23. §. 10. quod leges ad sensum humanæ imbecillitatis temperandæ sint, solcher Passion, da sie kann, und kein höhers Gesetze sie daran verhindert, sondern vielmehr solche wichtige Exempla in Sacris, daß diese Ehen von den heiligsten Leuten ohne Scrupel approbiret worden, sich finden, viel lieber menschlicher Schwachheit etwas nachgeben, und dadurch befürchtende verborgene Sünde verhüte, als durch zu strenges Verbiethen Uebel ärger mache, und zu heimlichen Uebertretungen und Versündigungen Anlaß gebe. Welches alles wir jedoch zu der hohen landesfürstlichen Obrigkeit reifster Erwegung gehorsamst anheim stellen, und diesem allen nach dafür halten, daß Deroselben, über diese Ehe zu dispensiren, wohl zugelassen seye.

Qv. XV. *An nuptiae comprivignorum Jure Divino vetitae sint?*

NEGATUR: Quia Jure Divino tantum nuptiæ cum sorore consanguinea, & ea, quæ ex noverca patri meo nata est, prohibentur, *Lev.* 18. *v.* 11. non ergo cum comprivigna. Atque hinc etiam Jure Civili, quod fere idem est cum Jure Divino, comprivigni invicem nubere possunt. §. 8. *Inst. de Nupt.* Accedit ratio, quod talis fœmina neque cognata, neque affinis mihi sit: non cognata, quia non ab uno communi stipite descendit; neque affinis, quia conjugum agnati non invicem sunt affines.

OBST. *Lev.* 18. *v.* 19.

OBJ. Loquitur notorie de sorore germana, vel uterina; non ergo de comprivignis.

Equidem *Dn. Stryk. ad* §. 8. *Inst. de. Nupt.* cum Tremellio & Antonio Matthæi explicant *v.* 11. de comprivignis, & Illustris Bergerus *in commentario de Matrimonio cum privigno*, copiose deduxit, tutius negligi hujusmodi conjugia, quanquam contracta dissolvi non debeant. Conf. *idem. Resol. h. t. q.* 6.

Ratio

Ratio, quæ religioſos hoc JCtos in eam ſententiam movit, hæc eſt, quod in *v.* 9. jam prohibitæ ſint nuptiæ cum ſorore uterina vel conſanguinea: fruſtra ergo repetitio illa fieret in *v.* 11. adeoque neceſſario ille verſ. de comprivignis intelligi debet.

Resp. *Alii* dicunt in *v.* 9. agi de ſorore germana, & uterina, in *v.* 11. de ſorore conſanguinea. Vid. *Maeſtert. L.* 2. *de Juſt. Leg. Rom. dub.* 3. *Alii* dicunt *v.* 9. agi de filia patris immediate ex eo nata, at in *v.* 11. agi tantum de filia, quæ ſit geniture parentis, ſcil. de filia fratris ſororisve tuæ. *Gerhard. Loc. de Conjug.* §. 266. & 357. *Alii* aliter. Vid. *Dn. Berg. h.* Prior reſponſio mihi placet, & ſic neuter verſiculus de comprivignis agit.

Qv. XVI. *An propter totalem religionis diverſitatem nuptiae prohibeantur?*

Negatur: Nam (1) nuptiæ pertinent ad jus, quod omnibus animantibus commune eſt; (2) nec hic agitur de religione, ſed diſponitur de cohabitatione; prout igitur (3) quisque de jure ſuo diſponit, ita jus eſt. Apoſtolus (4) prohibet divortium, ſi quis infideli nupſerit, 1. *Cor.* 7. *v.* 12. & 13. adeoque diverſitas religionis non impedit matrimonium, & cum (5) in *L.* 6. *C. de Judaeis.* ſaltem prohibitæ ſint nuptiæ cum Judæis, cum aliis prohibitæ non erunt.

Diſſentit Laut. pag. 444. *verb. propter totalem.*

Idque etiam ex ratione Juris Canonici verum eſt, ubi diſtinguitur inter conjugium ratum, legitimum &c. & ratum dicitur, quod cum gentili contrahitur, *Can.* 8. *c.* 30. *q.* 5. & *Can. ult. c.* 28. *q.* 1. & 2. ſed & plurima exſtant exempla in primitiva eccleſia ejusmodi nuptiarum.



LIB. XXIII. TIT. III.

DE JURE DOTIUM.

Qv. I. *An dos tantum & vere per rei traditionem constituatur?*

Laut. pag. 446. verb. nam dos per.

AFFIRMATUR, *per L.* 13. §. 2. *de Fund. dot.* ibi: *dotale praedium si accipimus, cum dominium marito quaesitum est, L.* 14. *pr. ff. sol. matr.* ibi: *si ipsi Titio fundum tradidisset*, & §. 2. ibi: *& tunc fiet dotalis, cum ad eum pervenerit.*

Obj. *L.* 6. *C. de Dot. prom.* ubi dos constitui dicitur etiam nudo pacto.

Resp. Improprie ibi vocabulum dotis accipitur. Vid. *Goth. ad d. l.* 6. Hinc etiam in statutis dos promissa in genere sub voce dotis comprehenditur.

Qv. II. *An filiae emancipatae necessario dos constituatur?*

Laut. pag. 447. verb. nisi ipsa filia.

AFFIRM. Si egena sit; (1) quia omni filiæ dos debetur, si egena sit ex ratione *L. obstantis f. C. de Dot. prom.* ibi: *omnino paternum officium esse, dotem pro sua dare progenie.* junct. *pr. d. L. f.* ibi: *filius vel in potestate constitutus, vel forte emancipatus.* (2) Quia pater alere tenetur liberos emancipatos, *L.* 1. §. 1. *de Agnosc. lib.* dos vero solvitur loco alimentorum. (3) Atque hinc dos filiæ emancipatæ data manet profectitia; quia non jus potestatis, sed NB. parentis nomen dotem profectitiam facit. *L.* 5. §. 11. *h.*

At filia emancipata regulariter non est egena; quia res maternas habet, & omnia sibi acquirit, adeoque regulariter nec alimenta, nec dos ei debetur, atque de eo, quod plerumque fit, loquuntur textus Autoris in *L.* 19. ibi: *qui liberos, quos habent in potestate,* in *L.* 44. ibi: *cujus eorum est. ff. de Rit. nupt.* Nec obstat, quod non pater, sed filia emancipata dare videatur dotem. *L.* 51. *h.*

Resp. Ibi egena non fuit, quia rem donatam a patre habuit, eamque pater consensu filiæ in dotem dat; adeoque filia ibi est dotata, & saltem quæ-

quæritur, an dos ſit profectitia, an adventitia, & recte dicitur, quod ſit adventitia, quam proinde pater ſoluto matrimonio vindicare nequit. Conf. *L.* 6. *h.*

Atque hæc quoque eſt ſententia *Laut. pag.* 447. qui tum quoque filiæ emancipatæ dotem neceſſario conſtitui ait, ſi alia ratione dotem conſequi, aut ſine ea honeſte nubere non poſſit, i. e. ſi egena ſit.

Qv. III. *An filia, ſub poteſtate conſtituta, debeat dotari, ſi propria bona habeat?*

NEGATUR, *arg. L.* 5. §. 7. *de Agnoſc. lib.* ubi ali non debet filia, quæ ſe ipſam exhibere poteſt: at dos eſt loco alimentorum. *Laut. pag.* 447. *verb. niſi ipſa filia.*

OBJ. *L. f. C de Dot. prom.* ubi dotari filia debet, etſi res maternas habeat, & additur ratio, *quia omnino paternum officium eſt, dotem pro ſua dare progenie.* Sed bene

RESP. *Berger. h. q.* 3. non quæri, an filia, habens res maternas, dotari debeat? Sed, an, ſi dotata fuerit, pater ex ſuis, an ex maternis dotaſſe videatur? Et prius pietati paternæ magis convenire videtur, ſed hoc non eſt neceſſitatis, nec pater præciſe ad id tenetur.

Qv. IV. *An frater teneatur dotem dare ſorori?*

NEGATUR, *L.* 12. §. *p.* & *L.* 13. §. *fin. de Adm. tut.* neque ulla ratio hic dari poteſt. *Laut. pag.* 447. *verb. a fratre.*

OBJ. *L.* 12. §. 3. *de Adm. tut.* ubi dicitur, quod filiæ, alio patre natæ, dos non debeatur, ergo a contrario germanæ & conſanguineæ debetur.

RESP. Cum tutori liceat reſpectu exiſtimationis pupilli quædam erogare, *d. L.* 12. §. 2. ſane poterit quoque dotem dare pupilli germanæ vel conſanguineæ, ſi aliter nubere non poſſit, *d.* §. 3. ſed non ex juris neceſſitate eam conſtituere tenetur.

Qv. V. *An pater, dotem conſtituens, poſſit incertam quantitatem conſtituere?*

RESP. *Pater* poteſt incertam quantitatem promittere; quia tenetur pro facultate ſua & dignitate mariti dotem dare, adeoque quodammodo definita eſt dotis quantitas. *L.* 3. *C. de Dot. prom. L.* 69. §. 4. *h.* *Diſſent. Laut. Pag.* 448. *verb. niſi pater &c.*

Aliud eſt in *uxore*: Si enim hæc in genere dotem promittat, nulla quantitate expreſſa, marito non competit actio ex ſtipulatu per text. expr. in *L.* 1. *C. de Dot. prom.* Aliud quoque eſt in *extraneo*: nam hic ſi generaliter promittit, liberaretur unum denarium ſolvendo: niſi addita ſit clau-

ſula: *quantum arbitrati fuerint*: tunc enim reducitur res ad arbitrium boni viri, & uxor æque ac extranei pro facultatibus ſuis ac dignitate mariti dotare debent, vel officio Judicis ad id compelluntur. *L.* 3. *C. de Dot. prom.*

Qv. VI. *An maritus fiat dominus dotis?*

Laut. pag. 448. verb. *qui fit dominus &c.*

RESP. Maritus fit dominus civilis; at uxor manet domina naturalis, DE MARITO id traditur in *L.* 13. §. 2. *de fund. dot.* ibi: *dotale praedium ſic accipimus, cum dominium marito quaeſitum eſt*, *L.* 23. *C. h.* ibi: *rei ibi quaeſitae dominium &c.* Et in *pr. Inſt. Quib. al. lic.* refertur exemplum eorum, qui domini ſunt & alienare tamen nequeunt, uti maritus fundum dotalem. Hinc in *L.* 30. *C. de Jur. dot.* ex ſubtilitate Juris Civilis dos ad maritum perveniſſe dicitur. DE UXORE id traditur in *L.* 30. *C. de Jur. dot.* ibi: *& naturaliter in ejus manſerint dominio.* *L.* 16. *de Relig.* ibi: *quaſi de patrimoniis ſuis.* *L.* 3. §. 5. *de Min.* ibi: *quoniam dos ipſius filiae patrimonium eſt.* *L.* 4. *de Collat.* ibi: *in matrisfamilias bonis dos eſſe intelligitur.* *L.* 75. *de Jur. dot.* ibi: *quamvis in bonis mariti dos ſit, mulieris tamen eſt.* Add. *L.* 9. §. 3. *h.*

OBJ. (1) Quod duo ejusdem rei non poſſint eſſe domini.

RESP. Duo dominia ejusdem generis non poſſunt concurrere; at hic ſunt diverſa dominiorum genera.

OBJ. (2) *L.* 9. §. 3. ibi: *non puto hoc agi inter virum & uxorem, ut dominium ad eum transferatur. h. t.*

RESP. Naturale dominium non transfertur; hoc enim manet penes uxorem, ſed ex ſubtilitate Juris Civilis dos ad ſubſtantiam mariti pertinere dicitur *L.* 30. *C. h.* Atque hinc ſaltem dicitur, eſſe in bonis mariti *L.* 75. *pr. h.* *L.* 21. §. 4. *ad Mun.* *L.* 7. §. 3. *h.*

OBJ. (3) Quod dos in patrimonio uxoris eſſe dicatur, quo pertinent textus autoris obſtantes, non ergo eſt in dominio mariti.

RESP. Eſt in patrimonio uxoris quoad effectus dominii naturalis, uti ex verbis dictorum textuum jam demonſtravi. Sed

INSTO, quod perceptio fructuum pertineat ad maritum, *L.* 7. *pr. ff. h. t.* *L.* 10. §. 3. *eod.* *L. un.* §. 9. *C. de Rei ux. act.* fructus autem ſequuntur dominium naturale.

RESP. Verum eſt, quod maritus non percipiat fructus vi dominii civilis, ſed pro oneribus matrimonii. *L.* 7. *pr. h.*

Effectus autem DOMINII CIVILIS ſunt hi; maritus alienare poteſt, *L.* 3. *C. de J. dot.* habet actiones, *L.* 18. §. 1. *Sol. matr.* *L.* 49. de

de Furt. lucratur acceſſiones rei dotalis, uti per alluvionem &c. *arg.* *L.* 9. §. 4. *de Uſufr.*

Effectus DOMINII NATURALIS ſunt hi: periculum eſt uxoris; vid. *quæſt. fin.* lucratur omnia, quæ non ad fructum, *L. un.* §. 9. *C. de Rei ux. act.* vel acceſſionem rei, *l.* 10. *pr.* & §. 1. *h.* pertinent, uti marmora ex lapidicinis, *l.* 7. §. 13. *Sol. matr.* theſaurus, *d. l.* 7. §. 12. partus ancillæ. *d. l.* 10. §. 2.

Unde apparet, verum non eſſe, quod *Lauterb. h. p.* 448. ait, acceſſiones, quæ fructuum nomine non veniunt, augere dominium mariti, conſtante matrimonio; nam id ex ipſis legibus allegatis refellitur.

Qv. VII. *An res, pecunia dotali comparata, fiat dotalis?*

AFFIRMATUR: (1) Quia dos eſt complexus plurium jurium, ſub quo etiam æſtimatio continetur. Nam (2) eadem ratione etiam in hæreditatem veniunt ea, quæ pecunia hæreditaria comparata ſunt, *L.* 20. *pr.* ibi: *& ſi quidem pecunia hæreditaria ſunt comparata, ſine dubio venient.* *L.* 25. §. 1. *de Pet. hær.* *L.* 16. §. 1. & §. 5. *eod.* *L.* 70. §. *f.* *L.* 71. *de Leg.* 2. *L.* 72. *eod.* Conf. *ſupr.* *L.* 5. *t.* 5. *q.* 6. His jam accedit (3) textus expreſſus in *L.* 54. *h.* ibi: *res, quæ ex dotali pecunia comparatæ ſunt, dotales eſſe videntur.* Idque confirmatur in *L.* 62. *ff. eod.* ibi: *permutari dotem poſſe dicimus &c. ex pecunia in rem.* & *L.* 21. *ff. de Pact. dot.* ibi: *ut dos, quæ in pecunia numerata eſſet, permutaretur.*

Diſſent. Laut. pag. 448. *verb. res pecunia &c.*

OBJ. *L.* 12. *C. de Jur. dot.* ubi fundi dotalis dominium non acquiritur uxori, ſed marito. *Add. L. f. C. de Serv. pign. dat.*

RESP. Verum eſt, quod dominium ſoli marito acquiratur, non uxori; unde nec uxor rem vindicare poteſt: & ratio quoque clara eſt, quia alii per alium actio acquiri non poteſt. *d. l.* 12. At hoc non impedit, quo minus res fiat dotalis, *per text. expr. in d. l.* 12. ibi: *at dotis tantum actio tibi competit.*

Diſſentit *Lauterb. h. pag.* 448. ubi ſimul allegat Dd. qui noſtram ſententiam defendunt.

Qv. VIII. *Quis præſtet caſum rei dotalis?*

RESP. Periculum eſt uxoris; quia res naturaliter perit ei, cujus eſt, i. e. domino, adeoque uxori, & de hoc caſu loquitur Lex obſtans in *L.* 6. & *L.* 9. *C. de Pign. act.* Conf. *L.* 10. §. 1. *de Jur. Dot.*

Laut. pag. 448. *verb. pro diverſitate &c.*

Exc.

Exc. (1) Si quantitas debetur: uti si marito fundus æstimato datus est: nam tunc res perit marito, quia jam ad uxorem æstimatio pertinet, quæ cum sit quantitas, perire nequit. *L.* 10. *pr. h.* Ita si quantitas etiam inæstimata in dotem data sit, quia ibi perpetuum dominium in maritum transfertur, & is tantundem saltem restituere tenetur, quod perire nequit. *L.* 42. *h.*

Exc. (2) Si cum debitor extraneus, qui ex necessitate promisit dotem, (non vero si vel pater, vel ipsa uxor) non fiat solvendo, & maritus culpam in exigendo commiserit: nam sibi imputare debet, quod non rigidius exegerit, per text. expr. in *L.* 33. *h.* ibi: *imputabitur marito, cur eum non convenerit*, quæ ratio cessat in patre vel uxore; nam non imputari debet marito, quod a patre & uxore, adeoque ab iis, qui merum beneficium præstitere, non rigidius exegerit. *d. L.* 33.

Obj. *L.* 41. *de Re jud.* ubi extraneus non debitor, uxori donaturus, assignatur marito, eique dotem promittit, & additur, promissorem in solidum teneri.

Resp. Alia quæstio est, an promissor in solidum teneatur, quod affirmatur; nec enim exceptio, quæ donanti opponi poterat, contra maritum valet. *d. L.* 41. Alia autem quæstio est, an maritus, morosius in exigendo dotem, quæ jam exigi ab obærato debitore delegato nequit, restituere propter culpam teneatur? & hoc negatur, per *d. L.* 33.

Qv. IX. *An donatio propter nuptias detur in remunerationem dotis?*

Dissent. Laut. pag. 449. *verb. remunerationem dotis &c.*

Negatur: Nam (1) ita uxor perciperet rei donatæ fructus, quod tamen falsum est, *l. f. C. de Don. ant. nupt.* (2) nullus alius finis hujus donationis ex legibus apparet, quam ut secura sit dos. *d. l. f.*

Securitas autem in eo consistit, quod uxor jus aliquod dominii in ea consequatur. Nam actio in rem, seu rei vindicatio inde datur, *Auth. Permissa. C. de Don. ant. nupt.* §. 3. *Inst. de Don.* quæ soli domino datur. *L.* 23. *pr. de R. V.*

Insto, quod res dicatur esse obligata mulieri, *l.* 19. *vers. jura. ff. de Don. ant. nupt.* res autem propria obligari nequit. *L.* 45. *d. R. J.*

Resp. Est quidem propria ad effectum securitatis, sed res ipsa tamen manet aliena, & hactenus ei obligata dici potest: nam hoc modo ipsa dos quoque est obligata uxori. *d. l.* 19.

Qv.

Qv. X. *An in dubio bona uxoris ſint dotalia, an paraphernalia?*

RESP. Paraphernalia; (1) quia dos expreſſa voluntate conſtitui & inferri debet, hæc conſtitutio & illatio autem facti eſt, adeoque probari debet. (2) Uxor in ea ſe fundat, indeque fundamentum intentionis ſuæ probare debet; neque (3) donatio, qualis eſt dos, præſumitur. Conf. *Stryk. C. C. S.* 3. *c.* 8. §. 6.

Effectus eſt, quod maritus dotis ſit dominus; at paraphernalium legitimus adminiſtrator. Unde maritus de bonis uxoris paraphernalibus ſine conſenſu uxoris diſponere non poteſt, *Stryk. diſſ.* 17. *vol. noviſſ. de Jure Mariti in bon. ux. c.* 3. §. 14. *&* 18. Maritus enim jura uxoris remittere nequit, *tot. tit. ne uxor pro mar. L.* 42. *C. de Locat. Cephal. Vol.* 2. *Conſ.* 200. *n.* 3. *Fuchs. Conſ.* 7. *q.* 5. *vol.* 2. *Socin. Jun. V.* 1. *Conſ.* 105. *n.* 11. maxime, ſi res uxori ſit damnoſa, *Mynſ. Reſp.* 96. *n.* 14. Nec transactio mariti uxori præjudicat, *Caſtr. Vol.* 2. *Conſ.* 284. *Menoch. Vol.* 8. *Conſ.* 791. *n.* 2. etſi diſſentiat Vultej. *Vol.* 4. *Conſ. Marp. XI. n.* 154. Quin ſi res magni ſit præjudicii, ſpeciale mandatum uxoris requiri, putant *Mev. V.* 4. *Conſ.* 331. *n.* 89. *& V.* 7. *Conſ.* 621. *n.* 15. *Stryk. ad Barb. voc. Maritus. Ax.* 2. *in fin.*

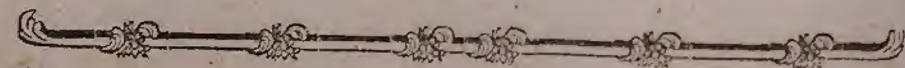
Quæritur vero, an conſenſus etiam ex poſtfacto accedere poſſit? affirmatur; quia ratihabitio eſt inſtar mandati: *Carpz. p.* 2. *c.* 15. *def.* 18. *&* 20. Atque ita in contradictorio judicatum eſt in Curia Halberſtadienſi in cauſa **Holtzhauer**, contra **Rauchs**, in cauſa **Meyerin**, contra **Schumann**, & denique in cauſa **Hornung**, contra **Hornung**.

Porro quæritur: an etiam ex conjecturis conſenſum acceſſiſſe, probari poſſit. Ita viſum fuit Carpzovio *d. c.* 15. *def.* 20. uti ſi fratres vel cognati præſentes fuere contractui, quorum præſentia omnem fraudis ſuſpicionem excludit, *Carpzov. d. l. def.* 18. Si uxor poſt mortem mariti longo tempore ſileat, interimque teſtes, qui de uxoris ſcientia teſtari poſſent, moriantur, *Carpz. d. l. Maſc. de prob. V.* 1. *Concl.* 417. *n.* 1. *Marp. vol.* 1. *conſ.* 25. *n.* 18. *Berl. p.* 2. *c.* 12. *n.* 120. *Dn. apud Carpz. d. l. def.* 25. *n.* 18. Inprimis, ſi in præſentia cognatorum uxoris contractus perficiatur: quia ea omnem fraudis præſumtionem excludit, *Carpz. d. c.* 15. *def.* 18. Atque ita omnibus illis cauſis in contradictorio judicatum fuit, quanquam in poſterioribus cauſis prima ſententia reformata & contractus nullus declaratus ſit, ut & in cauſa **Schenck**, contra **Oppen**.

Qv. XI. *An Jure Saxonico maritus tanquam curator legitimus de bonis uxoris consentientis disponere possit, vel an hæc specialem curatorem ad hunc actum alienationis adhibere teneatur?*

RESP. Sufficit maritum uxoris consensu contraxisse, quia maritus est legitimus curator suæ uxoris, atque ita in terminis id defendit *Carpz. p. 2. c. 15. def. 20. Conf. Brunn. ad L. 2. n. 5. C. Qui dar. tut. ibique Di. Gail. L. 1. O. 133. num. 11. Mynf. dec. 1. Resp. 10. Brunn. cent. 2 dec. 44. n. 5. & dec. 53. num. 2. Wes. conf. 63. n. 4.* Land⸗R. *L. 1. art. 45. L. 3. art. 45. Rauchb. p. 1. q. 2. n. 31. Coler. p. 1. dec. 65. n. 3. Carpz. p. 3. c. 33. def. 30. n. 4. H. Pist. O. 155. n. 10.* E contrario specialem requiri curatorem tradit *Lynk. dec. Jen. 1053. Richt. p. 1. dec. 27. num. 21. Wes. 1. Conf. 21. in fin.* Juxta priorem opinionem per tres conformes sententias judicatum est a curia Halberstadiensi in causa Holtzhauer, contra Rauchs, & per duas sententias in causa Oppen, contra Schenck, item in causa Meyerin, contra Schumann, in causa Hornung, contra Hornung, & in causa Eggelingische Erben, contra Oppichini Erben.

Exc. Si sint bona dotalia, vel immobilia propter nuptias donata, in hoc enim Contractu mulieris consensus marito alienanti nihil proficit, nisi biennio elapso consensus reiteretur per textum expressum in *auth. sive a me C. ad Se. Vellej.* ante biennium ergo non valet contractus, nisi alius curator accesserit. *Carpz. p. 2. c. 15. def. 21. n. 5. & 6. Item Conf. 43. def. 9. n. 8. p. 2. dec. 143. num. 28. & de Jur. fœm. dec. 3. pos. 7. n. 34. & sq. Brunn. ad l. 2. C. fund. dot. L. un. C. Rei Ux. act. Wes. par. ff. de fund. dot. n. 7. Schneid. pr. Inst. Quib. al. Carpz. p. 2. c. 15. d. 21. n. 5.*



LIB. XXIII. TIT. IV.

DE PACTIS DOTALIBUS.

Qv. I. *Quomodo differant pacta dotalia per modum contractus, & per ultimam voluntatem contracta?*

Laut. pag. 449. verb. *siquidem fient.*

RESP. Regulariter & in dubio intelliguntur pacta dotalia fieri per modum contractus; nam natura negotii id requirit: nisi aliud constet, & intentio partium per modum ultimæ voluntatis disponendi appareat, idque vel

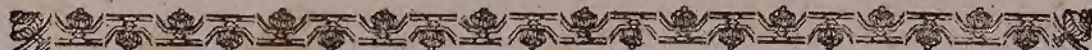
vel verbis: do, lego &c. vel ex circumſtantiis, quando ſcil. diſponit: daß die Braut nach ſeinem Tod dieſes oder jenes haben ſolle; Item quando voces: Erbſchaft, vel Erben, adhibentur, *Stryk.* C. C. *S.* 3. *c.* 8. §. 2. *ſeq. Dn. Berg. reſol. h. t.*

Priori caſu ſufficiunt duo teſtes, *L.* 32. *l.* 42. §. *fin. ff. de Mort. cauſ. don. poſteriori* quinque requiruntur, *L. f.* §. *f. de Jur. dot. L. f. de Mort. cauſ. don. Laut. h. p.* 449.

Illo caſu non tolluntur, niſi diſſenſu utriusque partis: *L.* 5. *C. de O. & A. Hoc* caſu unus quoque recedere ab illa diſpoſitione poteſt; quia ultima voluntas ambulatoria eſt usque ad mortem, *arg. L.* 4. *de Adim. leg. L.* 19. *C. de Pact. Laut. in fin. h. ibique Carpz. Addatur Berlich. p.* 2. *c.* 51. *n.* 25. *ſeq.*

Illo caſu ſtatim dies cedit, etſi ſuſpenſa ſit exactio poſt mortem; *hoc* effectum non habet, niſi a die mortis. Hinc ſi præmoriatur altera pars, *illo* caſu transmittit jus ad hæredes, non *hoc*.

Illo caſu actione ex contractu agitur; *hoc* actionibus ex teſtamento.



LIB. XXIII. TIT. V.

DE FUNDO DOTALI.

Qv. I. *An maritus alienare poſſit res dotales mobiles, ſi ſervando ſervari poſſunt?*

Affirmatur; (1) quia maritus eſt dominus civilis, cujus effectus eſt, quod alienare poſſit, *L.* 3. *C. de Jur. dot. L.* 21. *ff. de Manum.* (2) quia ex Lege Julia tantum alienari prohibetur fundus dotalis, *tot. tit. ff. & C. de Fund. dot.* quæ exceptio firmat regulam in caſibus non exceptis. *Laut. pag.* 450. *verb. non etiam prohibetur &c.*

Obst. *L.* 22. *C. de Adm. & peric. tut.* ubi tutor nihil alienari poteſt, niſi quod ſervando ſervari non poteſt.

Resp. Aliud eſt in tutore, aliud in marito; hic enim tanquam dominus civilis plus juris habet, ac ille, qui nudus eſt adminiſtrator: proinde ille nihil poteſt alienare, niſi ex neceſſitate; hic vero pro lubitu, ſolo fundo dotali excepto, res uxoris alienat.

Obj. *L. un.* §. 15. ibi: *pro omnibus*, adeoque & mobilibus.

Resp. Pro *omnibus*, prædiis, non tantum Italicis, de quo quæritur: idemque reſpondetur ad *Nov.* 6. *c.* 3.

Aliud autem eſt in obligatione rerum mobilium; talis enim obligatio per *Auth. Si qua mulier. C. ad SCt. Vellej.* nulla redditur. Vid. *L.* 16. *tit.* 1. *q.* 2.

Qv. II. *An Lege Julia maritus fundum, pecunia dotali emtum, alienare prohibeatur?*

Laut. pag. 451. *verb. nec rerum.*

Negatur: nam, ſi *æſtimata* dos eſt, dominium in perpetuum tranſit in maritum, & uxor ſolam actionem ex emto habet, *L.* 10. *C. de Jur. dot.* ſi pecunia in dotem data ſit, & ea fundus comparetur, res hæc quæritur ſoli marito, non uxori, *L.* 12. *C. eod.* & uxori actio dotis competit, *ibid.* Atque id in genere in *L. f. C. de Pign. Serv.* traditur: *Si poſt datam dotem de pecunia dotis maritus quædam comparavit, juſta ratione dominii eorum ad eum pervenerunt, indeque jure ab eo potuerunt manumitti.* Accedit quoque ratio: nam ſurrogatum ſapit naturam ejus, cui ſurrogatur: uti igitur pecunia dotalis pro lubitu alienari potuit, ita & fundus, ea pecunia emtus.

Obj. Quod res, pecunia dotali comparata, fiat dotalis. *L.* 54. *ff. de Jur. dot. L.* 26. *eod. L.* 22. §. *f. Sol. matr. L.* 71. *de leg.* 2.

Resp. Fit dotalis, & eandem conſequitur naturam, quam pecunia, cui ſurrogatur, habuit, uti ergo hæc pro lubitu alienari potuit, ita & fundus ſurrogatus. Atque hinc recte dicitur, fundum hunc non quæri uxori, *L.* 12. *C. de Jur. dot.* & ſolam actionem dotis ei competere, *d. l.* Fit igitur dotalis, ſed non uxoris.

Varias Conciliationes vide apud *Goth. ad d. L.* 54. *& Dn. Berger. Reſol. h. t.*

Qv. III. *An convaleſcat alienatio fundi dotalis, ſi maritus poſtea in perpetuum conſequatur dominium?*

Laut. pag. 451. *verb. convaleſcit tamen.*

Affirm. *L.* 42. *de Uſuc. L.* 17. *de Fund. dot.*

Obj. Quod ab initio nullum eſt, nunquam convaleſcere poteſt.

Resp. Vera eſt regula, quando vitium ab initio perpetuum fuit, & poſtea novus caſus accidit, uti quando res legatur, quæ in commercio non eſt; tunc enim non convaleſcit legatum, licet poſtea in commercio eſſe incipiat:

incipiat: Secus in alienatione fundi dotalis: nam hæc quasi in suspenso, & in ea causa est, ut confirmari possit, scil. in casum, quo maritus fieret plenus dominus; hæc enim ab initio est conditio dotis, ut aliquando casu ad maritum pervenire posset. Quoties igitur is status ab initio est, ut aliquo casu convalescere possit, valet.

Resp. 2. Non prohibetur alienatio, nisi ideo, quia uxori competit actio; aut, quia competitura est, *L.* 3. §. 1. *L.* 15. *h. t.* quæ, præmortua ea, cessat.

Qv. IV. *An convalescat alienatio fundi dotalis, si iteratis vicibus uxor consentiat?*

Negatur. *L. un.* §. 15. *C. de Rei ux. act.* — *Laut. pag. 451 verb. non etiam si &c.*

Obj. *L.* 22. *C. de SCt. Vellej.* ubi intercessio uxoris, iteratis vicibus facta, valet.

Resp. In SCto Vellejano ratio prohibendi sola est imprudentia, quæ cessat, si iteratis vicibus consentiat; hic vero ratio prohibitionis consistit in metu maritali, qui manet, etsi uxor centies consentiat.

Obj. *Nov.* 61. *c.* 1. ubi alienatio rerum immobilium propter nuptias donatarum, consensu post biennium reiterato, convalescit.

Resp. Loquitur de donatione propter nuptias, non de dote cujus favor in jure major est, quam donationis propter nuptias.

LIB. XXIV. TIT. I.

DE DONATIONIBUS INTER VIRUM ET UXOREM.

Qv. I. *An donatio inter conjuges confirmetur morte donantis?*

Affirmatur, *c. f. X. h.* quia tum ratio prohibitionis cessat, utpote cum amplius conjuges non sint: modo naturali morte conjugium solvatur, *L.* 32. §. 6. *h.* Secus ergo, si (1) Civili morte maritus pereat, uti si servus fit, *L.* 32. §. 6. *h.* vel si (2) ob conscientiam sceleris mortem sibi consciverit, aut ex tali delicto obierit, ut memoria ejus damnetur, *d. L.* 32. §. 7. *h.* — *Laut. pag. 452. verb. morte donantis.*

OBJ. *L.* 13. §. 1. *h.* ubi deportato marito tamen confirmatur donatio, nisi revocaverit eam ante mortem.

RESP. Ibi non agitur de donatione inter conjuges pura, sed de donatione mortis causa, quæ ex æquitate ita explicatur, ne res fisco cum bonis deportati, sed conjugi cedat, nec de causis extra fiscum, cujus causa est odiosa, intelligenda est Lex: at ipse deportatus revocare adhuc usque ad mortem naturalem potest, & tunc cedit fisco.

QV. II. *An donatio inter virum & uxorem morte donatoris confirmetur, licet tantum per modum conventionis sine traditione facta sit?*

Laut. pag. 452. verb. licet tantum

AFFIRMATUR, *Nov.* 162. *c.* 1. *pr.* & §. 1.

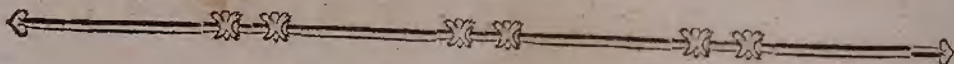
OBJ. *L.* 23. *ff.* & *L.* 24. *C. h.*

RESP. Jure veteri verum erat, donationes non confirmatas fuisse morte donatoris, nisi accesserit traditio, sed jure novo id secus. *d. Nov.* 162. *c.* 1.

QV. III. *An donatio inter conjuges valeat, si jurato fiat?*

Laut. pag. 452. verb. Confirmetur tamen juramento.

Donatio inter conjuges jure Civili & moribus nulla est; *L.* 1. *l.* 2 *l.* 9. §. *f. ff. de don. int. vir. Berl. p.* 2. *Concl.* 15. *Struv. Ex.* 30. *th.* 23. adeo ut omne id, quod donationis causa gestum est, ipso jure nullum sit. *L.* 3. §. 10. *ff. Eod.* Excipitur autem casus, si donatio jurato fiat. *Laut. Comp. pag.* 452. *ibique Berl. Gail. L.* 2. *O.* 40. *n.* 2. quia juramentum omne servari debet, quod absque animæ præjudicio impleri potest *c. Quamvis &c. de pact. in* 6. Atque ita in curia Halberstadiensi judicatum in causa Schützin, contra ihren Eh: Mann d. 27. Mart. 1708.



LIB XXIV. TIT. II.

DE DIVORTIIS ET REPUDIIS.

QV. I. *An captivitate tollatur matrimonium?*

Laut. pag. 452. verb. captivitate.

AFFIRMATUR de Jure Civili, *L.* 56. *Sol. matr. L.* 12. §. 4. *de Capt. & postl.* Accedit ratio, quod cum servo non amplius possit esse matrimonium. *Add. Nov.* 22. *c.* 7. *pr. L.* 45. §. *f. de Rit. Nupt.* ubi conditio,

si

ſi nupta eſſe deſierit, exiſtit, ſi ab hoſte capta fuerit. Adeo autem tollitur matrimonium, ut ne quidem poſtliminio uxor recuperari poſſit, *L.* 8. *ff. de Capt. & poſtl.* ſed novo conſenſu, *d. L.* 8. *L.* 14. §. 1. *eod.*

Obj. *L.* 6. *h.* ubi non ſolvitur matrimonium captivitate.

Resp. Singulare hic eſt, quod etſi matrimonium non ſit, tamen uxores videantur *nuptarum locum retinere eo ſolo, quod alii temere nubere non poſſint.* Nam quia reverſo marito mutuo conſenſu redintegrari poſſunt nuptiæ, *l.* 14. §. 1. *de Capt. & poſtl.* ob hanc ſolam ſpem matrimonii uxor alii nubere nequit. Vid. *Brunn. J. Eccl. L.* 2. *c.* 17. §. 29.

Neque hac in re aliquid mutatum eſt per *Nov.* 117. *c.* 11. nam inter juſtas cauſas ſolvendi matrimonii expreſſe ibi refertur captivitas; quin Imperator ibi provocat ad præcedentes Leges atque Conſtitutiones.

HODIE vero nullo modo ſolvitur matrimonium per captivitatem, etſi non ſit ſpes redeundi, *Brunn. d. L.* 2. *c.* 17. §. 29. donec certum fiat, mortuum eſſe, *C. Dominus &c. X. de Sec. nupt. Stryk. ad Brunnem. d. l.* De modo probandi mortem vid. *ſupr. L.* 5. *t.* 5. *q.* 21.

Qv. II. *An unius conjugis deportatione matrimonium ſolvatur?*

NEGATUR, *L.* 13. §. 1. *de Don. int. vir. & ux.* L. 1. *C. de Repud. L.* 5. §. 1. *de Bon. damn. Nov.* 22. *c.* 13. modo altera pars affectum conjugalem retineat, *d. L.* 1. *d. L.* 5. §. 1. Nam indotatam eam eſſe, cujus (3) *alterius* laudandum propoſitum eſt, nec ratio æquitatis, nec exempla permittunt. *d. L.* 1. *Laut. pag.* 452. *verb. ſerv. &c.*

Atque hinc (1) non Obst. *L.* 56. *ff. Sol. matr.* ubi conditio, *ſi nupta eſſe deſierit*, exiſtit, cum deportatur uxor.

Resp. Supponendi termini habiles, ſi conjux maritalem affectum mutaverit, *d. L.* 1. *d. L.* 5. nam ſi hic deficiat, juſta divortii cauſa eſt: neque enim conjux ſcelerum conjugis particeps fieri tenetur. Sane deportatus agere contra conjugem, eumque ad ſequendum compellere nequit; quia actiones ſunt Juris Civilis, cujus incapax eſt deportatus.

Obstat. (2) matrimonia eſſe Juris Civilis; deportatos autem eſſe Jurium Civilium incapaces.

Resp.

Resp. Immo matrimonia ſunt Juris Gentium, & ſic etiam deportatis communia: at effectus Juris Civilis eis non tribuuntur.

Deportatis *hodie* æquiparantur damnati ad triremes, ad operas publicas, & in eorum locum ſucceſſere proſcripti. Hi omnes ergo hodie jus matrimonii retinent: Si innocens conjux animum conjugalem non mutet. Conf. *Goth. ad Nov.* 22. *c.* 13.

Qv. III. *Unde ſit illa differentia ſeparationis quoad vinculum, & quoad thorum ac menſam?*

Resp. Jure Civili poſterior ſeparatio incognita eſt, & ibi ſeparatio omnis erat quoad vinculum. Idque contingebat, *vel* quia matrimonium ipſo jure nullum erat, ut tantum ſententia declaratoria opus fuerit, *vel* quia validum erat, ſed reſcindebatur ex juſta cauſa. *Illud* plane matrimonium non dicitur, §. 1. *Inſt. de Nupt.* *Hoc* fit *vel* ex cauſa, quæ tempore contractus jam fuit, uti quod ſpado, vitiata &c. ſit: ex quibus cauſis matrimonium non eſt ipſo jure nullum, ſed durat conſentiente parte; at ea petente, reſolvitur ex æquitate, quaſi neque vinculum ſubſtiterit; *vel* ex cauſa ſuperveniente: quales olim plures fuere ex *L.* 8. *C. de Repud.* quæ cauſæ durarunt usque ad interregnum fere, poſtquam Canones collecti, & Jus Canonicum ſenſim introductum eſt. Hoc Jure enim omne divortium ſimpliciter eſt ſublatum, & introducta ſeparatio quoad thorum & menſam. Crediderunt nimirum Canones, matrimonium in Novo Teſtamento ſacramentum eſſe cœpiſſe, eoque eſſe vinculum indiſſolubile. Quod tamen nec probatum eſt, nec, ſi eſſet, aliquid ad abolendam ſolvendi matrimonii poteſtatem conferret, cum ſacramenti ratio diſtincta tamen eſſet ab uſu civili & ſeculari matrimonii, *Dn. Par. in Diſp. de Matr. mom. proleg.* §. 1.

Qv. IV. *An ſeparatio quoad thorum & menſam perpetua eſſe poſſit?*

Laut. pag. 453. verb. *Divortio &c.*

Resp. Equidem jam ante dictum eſt, Jure Civili omnem diſſolutionem fuiſſe quoad vinculum, nullam quoad thorum & menſam. Verum J. Canonico dividi quidem & diſſolvi vitæ conſuetudo per ſeparationem perpetuam thori & menſæ permittitur; at effectu ipſo hæc eſt ſolutio vinculi, quia talis ſeparatio omnem matrimonii ſubſtantiam evertit, ita ut pugna naturalis ſit, eſſe conjugium, ubi eſt perpetua thori & menſæ ſeparatio: egregie

egregie id probat *Dn. Parens* in *Disp. de Matrim. mom. Sect.* 1. §. 4. ubi ita ait: Cum enim ad essentiam nuptiarum pertineat individua vitæ consuetudo, *d.* §. 1. *Inst. de Patr. pot.* pugnat omnino cum ea perpetua thori & mensæ separatio: &, cum omnis conjugalis societas in communione thori & mensæ consistat, hac in perpetuum sublata, omnem conjugii substantiam tolli, necesse est; nec quicquam remanet, in quo constitui illa communio conjugum propria possit. Nec movet, quod cohabitatio multis casibus in perpetuum impediri possit salvis nuptiis. Nam non de effectu quærimus, qui uti in potestate conjugum non semper est, ita ad eum obligari non possunt: sed de animo, ut affectum studiumque cohabitandi retineant, quem separatio perpetua thori & mensæ plane tollit.

Qv. V. *An conjux conjugem extra casum adulterii & malitiosæ desertionis ex aliis quoque causis dimittere possit?*

Equidem, *si consentiunt conjuges*, dubium vix est jure naturali, matrimonium tolli: idque (1) ex naturali illa ratione, quod id, quod mutuo consensu contractum est, mutuo quoque dissensu dissolvi iterum possit. *l.* 35. *ff. Reg. jur.* Et cum (2) conjuges de re sua, seu de jure suo cohabitandi, pro lubitu disponere possint, ab ipsorum arbitrio dependet, an cohabitationem continuare, an ab illa recedere velint. Sane (3) ex definitione nuptiarum constat, finem matrimonii consistere in individua vitae consuetudine, si ergo conjuges nolunt ita consuescere, definit finis matrimonii eoque matrimonium. Neque (4) vinculum aliquod juris adest, quod eos invitos in illa consuetudine contineat: Sane omnis obligatio erat ex consensu, qui nunc deficit. Neque (5) ex illo consensu jus aliquod tertio quæsitum est, adeoque nemini jus cogendi ejusmodi conjuges, & ut inviti invicem cohabitent, competit. Nec (6) asseri potest libris jus quæsitum esse, iis injuriam fieri &c. Nam liberis nullum jus in res & actiones parentum competit, nisi quod educari debeant, divortium autem non impetit, quo minus ad maturitatem educentur. Unde (7) jure divino quoque nullibi id prohibitum esse certum est. Nam uterque codex saltem loquitur de casu, ubi conjux invitæ conjugi divortium mittit. **Wann sich jemand von seinem Weibe scheidet**, non vero de casu, **wann sich beyde mit gutem Willen von einander scheiden.** Hinc (8) primitiva Ecclesia divortia ex mutuo consensu permisit, uti ex Maldonato probat Spanhemius *in dub. Evang.* 147. §. 3. Sed & (9) Imperatores Christiani disertis verbis divortia communi consensu facto approbarunt, & Justinus *in Nov.* 140. rationem addit, *si namque affectio mutua matrimonia contrahit, merito diversa volun-*

Dissent. Laut. pag. 453. *verb. Hodie non admittuntur.*

luntas ea per consensum dirimit. Sane jam ante Justinum pœnæ, jure Civili in eos, qui sine causa conjugem dimittebant, statutæ, cessabant, ubi communi consensu repudium missum est. *l.* 9. *C. repud. Nov.* 22. *c.* 4. Et licet id mutaverit Justinianus in *Nov.* 117. *c.* 10. jus tamen pristinum reduxit filius ejus in *d. N.* 140.

At difficilior quæstio est, an *conjugi invitæ* repudium mitti possit? Equidem jure Civili hoc ex *injusta* quoque causa fieri potuisse patet ex lege Constantini, qua maritus, qui absque causa legibus definita divortium faciebat, dotem conjugi restituere tenebatur, & si ad secunda vota properabat (NB. adeoque solutum erat prius matrimonium, quia alias non potuisset ad secunda vota provolare) secundæ uxoris dos priori cedebat. *L.* 1. *C. Theodos. de repud. l.* 8. §. 5. *C. eod.* Uxor vero injuria dimittens maritum omnia perdebat bona & in insulam deportabatur, *d. l.* 1. quod postea lege Theodosii mutatum; Is enim eam saltem voluit perdere dotem & donationem propter nuptias, & præterea quinquennio innuptam esse voluit, *L.* 8. §. 4. *C. Repud.* post quinquennium igitur secundo nubere poterat, & sic vinculum solutum erat. Honorius quidem reduxit pœnam Constantini & eam ratione mariti auxit, ut hic in perpetuum cœlebs manere debeat. Vid. *l.* 2. *C. Theodos. de Repud.* Sed Justinianus constitutionem Theodosii renovavit. *d. l.* 8. *Nov.* 22. *c.* 15. §. 3.

Neque repugnat naturæ ratio: Nam ex pacto inter conjuges inito jus in alterum non est translatum, nisi quatenus est individua vitæ consuetudo. Eo momento igitur, quo alteruter discedit ab illa consuetudine, tota ratio pacti cessat. Sane contradictio est aliquem cogi posse ad mutuum vitæ consortium, quod in animorum conjunctione consistit, ubi animi ab invicem alieni sunt: In Veteri Testamento maritus dimittere uxorem poterat, quod oculis ejus non placeret. *Deut. XXIV. v.* 1. *seq.*

Atque hinc ob inimicitiam capitalem dimitti uxorem posse, vel contra, plurimi statuunt Dd. *Wesenb. de divort.* 9. *Vult. Jurispr. L.* 1. *c.* 21. *p.* 125. *ibique Cyprian. de connub. c.* 13. §. 82. *Rennem. Jurisprud. Rom. Germ. m.* 1. *d.* 42. *th.* 28. & 36. *l. c. Miltonius apud Pufend. de J. N. & Gent. L.* 6. *c.* 1. *p.* 791. §. 24. *Bruckn. de Matr. c.* 16. *n.* 1. Idque extra omne dubium ponunt, si conjux conjugis vitæ insidias struit. *Stryk. disp. de insidiis vitæ structis* §. 25. *Bruckn. d. l. c.* 3. *q.* 4. *Schertzer. Syst. theol. loc.* 27. *de conjug.* §. 18. Hinc porro patet morbum Gallicum justam esse divortii causam: Vid. *infr. q.* 8.

Cer-

Certiſſimum ergo eſt, jure naturæ conjugem dimittere conjugem poſſe etiam invitam, inprimis ſi capitalis inimicitia accedit. Neque jus divinum antiqui fœderis ab inde recedere probavimus ex textu in *Deut. XXIV. v.* 1. *ſeq.* At mejus dubium eſt de novo fœdere: Servator divortium omne prohibere videtur ſolo excepto adulterio. *Matth.* 5. *v.* 31. *& c.* 19. *v.* 7. *Marc.* 10. *v.* 4. Verum mox plenius probabimus vocem πορνείαν, quam Servator adhibet, non adulterium ſaltem denotare, ſed quamlibet turpem cauſam, adeoque Servator plures divortii cauſas admittit. Sane Chriſtiani Imperatores generaliter illam vocem intellexere & plures divortii cauſas legibus ſtatuerunt. CONSTANTINUS MAGNUS divortia etiam ob homicidium, crimen medicamentarium, ſepulchrorum diſſolutionem, & lenocinium admiſit, *Thomaſ. Inſt. Juriſpr. div. L.* 3. *c.* 3. §. 63. Conf. *L.* 2. *C. de Repud.* THEODOSIUS & VALENTINIANUS extra adulterium quatuordecim & plures repudii cauſas ſtatuerunt, ut veneficium, Plagium, latronum receptionem, falſum, abigeatum, ſuſpectum cum aliis commercium, inſidias vitæ ſtructas, verbera &c. *L.* 8. §. 2. *&* 3. *C. de Repud.* JUSTINIANUS omnes illas cauſas in *Nov.* 22. *c.* 15. *item Nov.* 117. *c.* 8. *&* 9. repetiit, & LEO ad eas provocat in *Nov.* 30. *&* 31. Atque hæ Conſtitutiones eo magis notandæ ſunt, quod CONSTANTINI ævo omnes fere Patres Concilii Nicæni floruerint, magnique ab eo habiti fuerint. *Thomaſ. Inſt. Jur. Div. L.* 3. *c.* 3. §. 64. THEODOSII temporibus Cyrillus, Auguſtinus, Ambroſius & alii pii viri, temporibus. JUSTINIANI vero Agapitus, S. Benedictus, Hieronymus, Damianus, Gregorius vixere, qui contradicturi omnino hujusmodi Legibus fuiſſent, ſi eas Sacræ Scripturæ contrarias crediddiſſent. *Arcuar. de Divort. pag.* 27. Sane Ambroſius in aliis quoque ſimilibus cauſis ſeſe oppoſuit Theodoſio, adeo ut eum excommunicare quoque auſus ſit. *Theodoret. Hiſt. Eccl. L.* 9. *c.* 30. *Euſeb. chron. L.* 11. *c.* 18. *Arcuar. d. l.* Sed & omnium moratiorum gentium eam ſententiam fuiſſe, easque ex plurimis cauſis divortia permiſiſſe, probant *Seld. de Ux. Hebr. L.* 3. *c.* 21. *ſeq. Lynk. de Uſ. divort. Sect.* 2. *per tot. Stryk. de Divort. propt. inſid.* §. 1. *Pufend. de J. N. & G. L.* 6. *c.* 1. §. 22. *in fin.*

Obj. (1) Quod ex doctrina Servatoris divortium non niſi ob πορνείαν, ſive ob adulterium permittatur, *Matth. V. v.* 32. *Cap. XIX. v.* 8. *Marc. X. v.* 4.

Resp. (1) Vox illa πορνεία generalis eſt, & intelligi poteſt de qualicunque turpi cauſa, uti id ex genio linguæ Ebraicæ & concordantibus pluribus S. S. locis probat *Seld. de Ux. Ebraic. L.* 3. *c.* 23. *Maj. de Ux. Chriſt. D.* 3. *th.* 16. 17. *&* 21. Adeoque (2) nulla ratione ad ſolum adulterium

reſtringi poteſt: eaque nec mens, nec intentio Servatoris fuit. Quod (3) vel ex occaſione, quæ huic effato cauſam dedit, apparet: nam florebant temporibus Chriſti duæ ſcholæ, *Sammæanorum*, qui aſſerebant, uxorem ſaltem dimittendam ob rem turpitudinis, juxta *Deut. XXIV. v.* 1. *ſeq.* ibi: *propter aliquam turpitudinem.* Et *Hilelianorum*, qui non tantum ob turpitudinem, ſed & ob qualecumque aliam cauſam uxorem dimitti poſſe, ſtatuebant, allegantes textum in *Deut. XXIV. v.* 1. *ſeq.* ibi: *ſi non placeret oculis ejus. Hieron. ad Eſai. IIX. Majer. de Ux. Chriſt. Diſſ.* 3. *th.* 8. *&* 9. De hac lite Phariſæi interrogabant Chriſtum, qui Sammæanos ſecutus omnia divortia extra πορνεία, ſive rem turpitudinis, prohiberi ait. Cum igitur (4) eo tempore nulla Judæorum Secta fuerit, quæ, ob ſolum adulterium matrimonium dirimendum eſſe, ſtatueret, effatum Chriſti nulla ratione eo reſtringi poterit. Sed & (5) ſupervacua & inutilis fuiſſet illa exceptio, quia ex lege Hebræorum adulteri capite plectebantur, indeque non per divortium, ſed morte vinculum rumpebatur: adeoque illa πορνεία de aliis neceſſario cauſis turpibus intelligenda erit: Nam (6) in turpi cauſa ceſſat illa ratio imperfectionis, in qua ſola divortii cauſa fundatur: maritus enim, qui odio habet fœminam juſta ex cauſa, & qui ſine animæ periculo cum ea commorari nequit, non peccat eam deſerendo. Neque (7) Servator, qui mutuum amorem adeo commendat, animos cogere, & vel ad deſperationem vel majora peccata conjuges allicere voluiſſe, videtur. Sed & (8) ipſum Paulum πορνείαν illam non de ſolo adulterio intellexiſſe, vel exinde apparet, quia ipſe præter adulterium etiam malitioſam deſertionem pro juſta divortii cauſa habuit, 1. *Cor.* 7. Nec (9) prima Eccleſia alias cauſas excluſit, nam exempla etiam a temporibus Apoſtolorum exſtant, ubi uxores viros ſuos infideles deſeruere. *Lynk. de Uſ. Div. Sect.* 3. *n.* 2. Unde (10) Maldonatus ſex cauſas divortii ex decretis Eccleſiæ notavit, ſcil. ſævitiam, furorem, hæreſin, ſodomiam, ſi ex cohabitatione grave immineat periculum, & mutuum diſſenſum. *Spanh. Dub. Evang.* 147. §. 3. Sed & (11) religioſiſſimos Imperatores vocem illam πορνείαν generaliter interpretatos eſſe, pluresque divortii cauſas ſtatuiſſe, quin & ex injuſta cauſa divortia, præſtita ſaltem pœna, permiſiſſe, ſupra dictum eſt, quod vel ipſi non facturi, vel Patres, eo tempore viventes, non paſſuri fuiſſent, ſi divinis legibus hæc jura contraria eſſent. Sed & (12) plures Theologi in illa ſententia ſunt, Servatorem hic non per modum mandati, ſed enunciative loqui, adeoque effatum hoc exempli magis, quam adſtringendi vim habere, indeque ex regulis interpretationum ad omnes caſus, ubi ſimilis vel major ratio ſubeſt, extendi debere. *Grot. apud Maj. in Ux. Chriſt. D.* 3. *th.* 14. Vid. *Reſponſum mox ſequens.* Sane (13) in effectu tota Eccleſia hodierna conſentit: quid enim aliud eſt ſeparatio perpetua, quoad thorum & menſam,

ſam, quam divortium? anne ea neceſſitas cohabitandi eoque eſſentia matrimonii in perpetuum tollitur? Quid ergo ſupereſt, in quo vinculi, ſive unitatis carnis quædam ratio, vel effectus ſupereſſet? Sed etſi detur (14) Chriſtum de ſolo adulterio ſenſiſſe, ſane Chriſtus non legislatorem agit, utpote quod nec facere poterat, ſubjectus ipſe jurisdictioni Romanæ, ſed doctorem; unde ſuum imperium a ſeculari perpetuo diſtinguit, *Joh.* 18. *v.* 36. nec adulteræ jus dicit, ſed ad pœnitentiam eam ducit, *Joh.* 8. *v.* 11. Quod in præſenti caſu (15) extra omne dubium poſitum eſt: docebat enim populum, qui eum ſequebatur, *Matth. V. v.* 1. *&* 2. *Cap. XIX. v.* 3. *Marc. X. v.* 1. inculcabat ei perfectionem, **ſeyd vollkommen** rc. *d. c. V. v. fin.* atque hac occaſione homicidam vocat, qui proximo ſuo iraſcitur, *ibid. v.* 21. adulterum, qui ſaltem concupiſcit, *ibid. v.* 27. Sacrilegium, omnem aſſeverationem religioſam, *v.* 33. *ibid. &c.* Non hæ ſunt leges, quibus obligamur, ſed perfectiones, quibus meremur, ſi ea perficimus. Sane (16) ſi effata Servatoris vim legum obtinerent, is, cui toga aufertur, pallium quoque dare teneretur, *Matth. c.* 5. *v.* 38. quod tamen ipſi Theologi negant. Certum ergo (17) eſt, Chriſtum non legem civilem hic dare, ſed commendare ſolum virtutem, non pœnis coercere eum, qui juſta ex cauſa divortium facit, ſed præmio virtuti deſtinato eum privare, quod ex ſequenti objectione clarius apparebit.

Obj. (2) „Servatorem non ex ratione perfectionis ſaltem divortia „improbare, ſed ex ipſo creationis facto, adeoque ex ratione naturæ: Per- „contabantur enim Phariſæi ex Chriſto, *an liceat homini dimittere uxorem* „*ſuam quacunque ex cauſa*, *Matth. XIX. v.* 3. Negabat Servator, provoca- „batque ad primam inſtitutionem: & ex eo, *quod DEUS unum marem* „*unamque fœminam creaverit*, eaque lege, *ut una ſint caro*, junxerit, conclu- „dit, *hominem id, quod DEUS conjunxit, diſſolvere non poſſe. Indeque eum,* „*qui dimiſſerit uxorem ſuam & aliam duxerit, mœchari, & eum quoque mœ-* „*chari, qui dimiſſam duxerit*, *d. c.* 19. *v.* 4. *& ſeq.* Ex quibus ſatis conſta- „re aperit, Servatorem non nudum conſilium hic ſuppeditaſſe, ſed ex vo- „luntate & facto Creatoris prohibitionem deduxiſſe; quod vel ex eo extra „omne dubium poni videatur, quia Servator Judæis inſtantibus, *quod lege* „*Moſis divortia permiſſa fuerint*, replicabat, *Moſen ob σκληροκαρδίαν Judæis* „*id permiſiſſe, ab initio autem aliud obtinuiſſe.*

Resp. (1) „Non ex omni facto Creatoris jus oritur, niſi ſimul „voluntas jus condendi appareat. Equidem quicquid DEUS agit, perfecte „agit, & quicunque imitatur has actiones, perfectionis præmium conſequi-

 „tur.

„tur, at non ex omni facto neceſſitas infertur; Egregie id explicat *Grotius* „*L. 2. c. 5. §. 9. n. 3. ex prima illa conditione, qua uni mari fœminam non* „*niſi unam DEUS attribuit, ſatis apparere,* ait, *quid DEO ſit gratiſſimum,* „*& hinc ſequi, ſemper id fuiſſe egregium ac laudabile, non tamen ut aliter fa-* „*cere nefas eſſet, quia lex ubi non eſt, ibi non eſt legis transgreſſio, at lex de* „*ea re nulla illis temporibus exſtabat.* & mox: *ex hac tam arctæ amicitiæ* „*inſtitutione ſatis apparet, DEO gratiſſimum eſſe, ut perpetua ſit illa conjunctio,* „*non tamen eo evincitur a DEO jam tunc imperatum, ne qua de cauſa fœdus* „*ſolveretur.*

Sane (2) ſæpius jam dictum eſt, Servatorem non lagislatorem, ſed doctorem & virtutum præconem agere, qui omnia ad initium i. e. ad ſtatum perfectionis reducere vult, ad illum, inquam, ſtatum, ubi unum virum una uxore contentum eſſe poſſe, ipſa natura teſtata eſt; Provocat igitur merito ad factum hoc creationis, non ut tanquam legem hominibus proponat, & non facientibus pœnas minetur: ſed ut homines alliceret ad imitandum præmia promittendo.

Atque hinc (3) notanter opponit legem Moſis ei, quod ab initio obtinuit, notanter, inquam, opponit ſtatum perfectionis & ſtatum σκληροκαρδίας, ſeu corruptionis: Quo ipſo non improbat legem Moſis, quæ ſtatui imperfectionis accommodata eſt, & quæ propter duritiem cordis, i. e. propter imbecillitatem humanam multa hominibus indulget, quæ cum primæ illius ætatis perfectione pugnant. At non ſufficere ait Servator, ad legem bonum eſſe, ſed ea quoque evitanda eſſe monet, quæ cum perfectione pugnant, etſi impune fieri poſſint. Atque ideo ad initium i. e. ad ſtatum integrum provocat, ubi abſque libidine & odio, quæ veræ divortiorum cauſæ ſunt, homines vivebant: indeque non ſugillat legem Moſis, utpote bonam in ſtatu corrupto: ſed ſugillat humanam imbecillitatem, cui leges indulgebant, & inculcando regulas perfectionis infirmitati illi ſuccurrit.

Sane (4) diverſa plane fuiſſe officia Moſis & Servatoris alibi vidimus: *hic* eſt Propheta, virtutum doctor, qui conſcientiæ hominum conſulit, eosque non ſaltem impunes, ſed & perfectos atque virtuoſos eſſe, vult, indeque non pœnas civiles ſtatuit, ſed & dogmata iis inculcat, quæ in vita civili citra metum pœnæ negligere, at quibus in vita æterna præmium mereri poſſunt. *Ille* e contrario legislator eſt, nec tam conſcientiæ, quam reipublicæ, ejusque tranquillitati conſulere voluit, indeque non perfectionem

inter-

internam a civibus exigit, utpote quam ſubditorum conſcientiæ, & clericorum curæ relinquit, ſedregulam vitæ civili præſcribit. *Ille* igitur perpetuo homines ad ſtatum innocentiæ, qui eſt ſtatus perfectionis, remittit; *hic* vero leges ſuas ad ſtatum corruptum accommodat, & ea exigit, quæ pro præſenti hominum conditione cives præſtare poſſunt.

Quando igitur (5) Servator concludit, quod is, qui uxorem ſuam dimittit, & aliam ducit, mœchetur, & quod ille, qui dimiſſam ducit, itidem mœchetur, id intelligi debet eodem ſenſu, quo adulterium committere dixit eum, qui aliam uxorem aſpicit ejus concupiſcendæ gratia, & quo homicidam eſſe ait, qui fratri iraſcitur.

Neque (6) Servatoris intentionem hic fuiſſe jus ſeu præcepta juris tradendi, ex *v.* 10. *& ſeq.* clariſſime apparet. Cum enim Judæi hoc effato Servatoris perterriti reponerent, *non expedire nubere, ſi ea ſit cauſa hominis*, replicabat Servator, *non omnes capere hoc verbum, ſeq. quibus datum eſt*: Si vero jus naturæ docuiſſet Servator, omnes rationem naturæ capere potuiſſent, nec ſpeciali ad id revelatione aut gratia opus fuiſſet: Certiſſimum ergo eſt, Servatorem non de morali hominum facultate, quid jure facere poſſint, loqui, ſed de puritate animi, de dono continentiæ eique conjuncto præmio: Atque hinc notanter maritum, qui uxorem non dimittit, & uxorem dimiſſam, quæ innupta manet, refert inter eunuchos, qui ſe ipſos caſtraverunt propter regnum cœlorum: Commendat igitur Divinus Servator conjugibus, ne luxuriæ cauſa, vel odio uxoris, ad divortium procedant, ſed ut reſiſtant libidini, ut ſe caſtrent amore virtutis, iisque regnum cœlorum tanquam continentiæ præmium promittit. Merito autem ait, omnes verbum hoc capere non poſſe: Regulæ enim virtutum Judæis pene incognitæ erant, illi ad beatitudinem ſufficere putabant, ad legem bonum eſſe, perfectiones autem divinas imitari nec volebant, nec id neceſſe putabant. Hæc igitur præcepta virtutum eique deſtinata præmia non niſi ex Evangelii doctrina capere poterant.

Sane (7) ſi divortia cum naturæ jure & primæ inſtitutionis lege pugnarent, nec ob duritiem cordis Moſes ea permittere potuiſſet, nec Deus, cujus juſſu & nutu leges tulit, illam de divortiis probaturus fuiſſet.

OBJ. (3) Quod Paulus ſimpliciter divortia prohibere vel ſaltem improbare videatur 1. *Cor.* 7. *v.* 10. *&* 11. ibi: *iis autem, qui matrimonio juncti ſunt, præcipio non ego, ſed dominus, uxorem a viro non diſcedere, quod ſi diſceſſerit, manere innuptam &c. & vir uxorem non dimittat.*

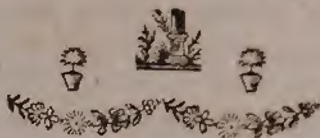
RESP.

Resp. Paulus non agit legislatorem, neque enim ea facultas privato competit, sed allegat legem perfectionis, atque in eo præceptorem suum imitatur: neque in genere omne divortium improbat, sed quod non ex justa causa fiebat: unde & malitiosam desertionem ipse pro causa divortii admittit. 1. *Cor.* 7. *v.* 15.

Ex quibus apparet, tolerandum non esse errorem Canonicum in *c.* 1. *c.* 2. *c.* 32. *q.* 7. qui ob textus ante allegatos nec per adulterium vinculum tolli putant, quem errorem notavit & refutavit *B. Parens in Disp. de Matrim. mom. proleg.* §. 1.

Hoc jam principio posito, facile apparet, *Theologum*, quæsitum, num divertere ab uxore, num fratri irasci, num liberalitatem non exercere liceat? negative responsurum esse, quia omnia hæc pugnant cum perfectionis regulis; Si autem *Mosen* aliumque *Legislatorem* de his percontaberis, omnes quæstiones affirmabit: jura enim humana, ad statum corruptum accommodata, ejusmodi actus permittunt, nec in vita civili pœna in ejusmodi imperfectos homines statuitur.

Moribus certum est, Dicasteria non nisi ex duabus causis divortia permittere posse; at Principes ex omni justa causa dispensare possunt. Notabile circa hanc materiam est Responsum Facultatis Viadrinæ, tam Theologicæ, quam Juridicæ, in causa quadam illustri compositum, meretur que, ut his verbotenus inseratur.



RESPON-

RESPONSUM.

Demnach uns einige Manual-Acten, so zwischen N. N. und dessen Ehegattin, über deren Ehetrennung ergangen, sammt einem Bericht zugefertigt, und unser gewissenhaftes Rechtsbedenken cum rationibus dubitandi & decidendi, über die Frage verlanget:

> Ob nicht befundenen Umständen nach, und da bereits Separatio in perpetuum & ad diem fatalem veranlasset, die Frau auch mit der gänzlichen Scheidung zufrieden, und unter Condition mit einer gewissen Summe Geldes selbsten darum angehalten, Se. Königl. Majest. mit unverletztem Gewissen nunmehro das Vinculum matrimoniale gänzlich solviren, und Sempronio allenfalls mittelst allergnädigster Dispensation anderweitige Verehlichung verstatten könne?

Als haben wir, und sowohl eine jede Facultät für sich, als auch in einem gesammten Conventu, mit Fleiß, und der Sachen Wichtigkeit nach, alles erwogen, und halten demnächst wir Decani, Ordinarius, Seniores und andere Doctores der Theologisch- und Juristischen Facultäten, auf der Königl. und Churfürstl. Brandenburgischen Universität zu Frankfurt an der Oder, daß zu gründlicher Entscheidung einer dermassen streitigen Sache, zuvörderst eine Frage sey: **Was für Ursachen die Ehe zu scheiden, nach ordentlichen Rechten in unsern Evangelischen** Consistoriis **hergebracht und zugelassen sind, ohne daß es einer** Dispensation **dürfte?** eine andere aber: **Ob und wie weit die hohe weltliche Obrigkeit etwan weiter** dispensiren **möge?**

In beyden haben wir allervörderst für Augen die Antwort und den Schluß unsers Heilandes, welcher, als er über diese Sache von den Juden gefraget worden, ihnen die göttliche Eheeinsetzung vorgestellt, und schließt darauf: **Was Gott zusammen gefügt, soll der Mensch nicht scheiden,** *Matth.* 19. welches wir denn billig vor ein heiliges moralisches Gesetz Gottes halten und annehmen. Demnach aber die moralische Gesetze, gleich von dem Anfange der Schöpffung, und aus dem Statu integritatis ihren Ursprung nehmen, und unter demselben in der höchsten Vollkommenheit verordnet sind; die Menschen auch in diesem Statu fähig gewesen, solche Gesetze alle vollkömmlich zu halten; darauf aber der Status corruptionis erfolget, in welchem die Menschen sonderlich an den Kräften des Gemüths und der

Seelen dergestalt geschwächt worden, daß sie die göttliche moralische Gesetze vollkömmlich zu halten unvermögend worden; Als kommen zwo Fragen vor:

1. Ob die hohe weltliche Obrigkeit, welche verordnet ist, ihre Gesetze durch Zwangsmittel auszuführen, gehalten oder bemächtiget sey, in vita civili die Menschen nach der ursprünglichen Vollkommenheit der Moral-Gesetze, ohnangesehen, ob sie in dem jetzigen Statu corruptionis, oder σκληροκαρδίας, dessen fähig seyn, dennoch zu exequiren, und ungeachtet solches beständigen Widerwillens, zur Ehe mit Gewalt zu zwingen?

2. Ob nicht diese moralische Regel: daß Mann und Weib, so Gott durch die Ehe zusammen gefügt, der Mensch nicht scheiden solle, auch in sich selbst solche Abfälle habe, welche dieser Sache eigenen Art und Natur nach, in göttlicher Schrift, und in der gesunden natürlichen Vernunft gegründet seyn, und hieher gezogen werden können?

Was die erste Frage betrift, so empfängt dieselbe insonderheit eine sothane Erläuterung aus den übrigen Exempeln des Heilandes vom Ehebruch und Todtschlag; denn, nach dessen Ausspruch vermag das vollkommene moralische Gesetz, daß auch, wenn einer nur ein Weib ansiehet, sie zu begehren, ein Ehebruch, und wenn einer seinen Bruder haßt, ein Todtschlag sey, immassen denn die Moralität des Criminis hauptsächlich in animo bestehet, und so viel an ihm ist, selbiges vollbracht wird, obschon der Event aus Furcht für der Straffe, oder durch andere Hinderung nicht erfolgt.

Wenn nun die weltliche Obrigkeit hiernach auch in dem Statu corruptionis mit ihren Zwangmitteln verfahren, und die in der jetzigen verderbten Natur des Menschen eingewurzelte sündliche Affecten mit solcher Strenge ansehen wollte, würde keine menschliche Societät mehr übrig bleiben und bestehen können. Und hat dahero weder Moses selbst, noch irgend ein Legislator in der Welt hierüber, sondern allein auf wirkliche Todtschläge und Ehebrüche die Straffen verordnet; und hat es gleiche Beschaffenheit mit den übrigen von Christo in ihrer Vollkommenheit fürgestellten Exempeln.

Solchergestalt denn ist gleichfalls ein vollkommen moralisch Gesetze, daß eine Ehe, die Gott zusammen gefüget, der Mensch nicht scheiden solle; und haben in Statu integritatis die Menschen sich darnach achten und halten können, wie in folgendem bescheinigt wird. Sollte aber bey jetziger verderbten Art und Schwachheit der Menschen eine hohe Obrigkeit, ungeachtet die Gemüther gegen einander erbittert, und unversöhnlich entbrannt wären, sie

dem

dennoch zu Fortsetzung der Ehe zwingen wollen, ist nicht zu beschreiben, was für eine unselige Beichte aller Sünden und Aergernissen daraus zu befahren seyn würde. Massen sie entweder einander beyzuwohnen gezwungen werden, und was ist alsdenn zwischen verbitterten, einander gehäßigen, oder einander aversirenden Personen, die zusammen gezwungen werden, zu erwarten, als immerwährender Streit, Hader, und andere unchristliche Bezeigungen gegen einander, wodurch der heilige Ehestand nicht geführet, sondern aufs ärgste profaniret und geschändet wird; ja daraus gar Gefahr Leibes und Lebens rc. zu befahren ist; oder aber sie werden beständig von einander separirt, und muß sodann besorget werden, daß sie durch Fleisch und Blut gereitzet werden, zu Ehebruch, Hurerey und andern Schanden, folgends, daß sowohl ein als andern Weg zu einem unchristlichen, höchst ärgerlichen und wüsten Sündenleben es leichtlich ausreichen, und doch keine Ehe seyn würde, wie mit mehrerm in folgendem gezeiget wird.

Es erscheinet also daraus, daß mit den göttlichen moralischen Gesetzen, es eine andere Beschaffenheit habe, in Ansehung Gottes, und in dem ersten Stande der Unschuld, weil Gott die Gesetze in ihrer Vollkommenheit uns fürgeschrieben, und den Menschen zugleich also erschaffen, daß er dieselbe vollkömmlich halten können,

Ephes. 4. *v.* 24. *Coloss.* 3. *v.* 10.

einfolglich, da der Mensch durch seine Schuld und Sündenfall sich selbst unfähig gemacht, sie also zu halten, derselbe allerdings schuldig für Gott, und was, auch aus menschlicher Schwach- und Unvermögenheit, dawider geschiehet, alles sündlich ist und bleibt. Eine andere Bewandniß und Absehen aber hat es mit der hohen weltlichen Obrigkeit und ihren Zwangmitteln in dem erfolgten Statu corruptionis, in welchem kein Mensch das moralische Gesetze Gottes halten kann, wie davon die heilige Schrift selbst allenthalben voll ist.

Gen. 8. *v.* 21 *Psalm.* 143. *v.* 2. *Eccles.* 7. *v.* 21. *Jes.* 53. *v.* 6. *&* *c.* 64. *v.* 6. *Rom.* 7. *v.* 14. 2 *Corinth.* 3. *v.* 5. 1. *Joh.* 1. *v.* 8. *&c.*

Wenn nun die weltliche Obrigkeit solche Gesetze dennoch nach dem Grad der moralischen Vollkommenheit, wie Gott sie fürgeschrieben, einrichten, und in der Welt die Menschen, die ihrer jetzigen Natur nach solchen Gradus nicht fähig sind, exequiren wollte, würde solches vergeblich seyn, und damit nichts ausgerichtet, noch der Zweck, die Gebothe also zu halten, bey den Menschen, die ihrer Schwachheiten und Affecten nicht mächtig sind, erreicht werden, mithin ihre Gewalt nicht sowohl zu Erhaltung, als zur Verstöhrung

rung menschlichen Geschlechts gereichen und dienen. Und müssen demnach nothwendig die Gesetze, welche in *Vita civili* durch die Obrigkeit exequiret werden sollen, nach dem jetzigen Vermögen der Menschen gemäßigt, und gleichsam proportioniret seyn. Weswegen denn, unsers Ermessens, die Regel nicht genug gerühmet werden mag, welche Grotius *de Jur. Belli & Pac. Lib.* 1. *cap.* 4. §. 7. *n.* 2. diesfalls zur beständigen Richtschnur setzet.

Ferri leges ab hominibus ſolent & debent cum ſenſu humanæ imbecillitatis.

Denn, weil an den Gesetzen, die auch wider die sündliche Regungen und Affecten der Menschen ergangen sind, kein Mensch unschuldig ist, durchgehends auch vielfältig dawider gehandelt wird, würde auch kein Mensch ungestraft bleiben, durchgehends aber die Menschen durch stetiges Strafen aufgerieben werden müssen.

Gleichergestalt auch, wenn auch die Obrigkeitliche hohe Macht denen wider einander entbrannten oder für einander Abscheu habenden Eheleuten, als obgemeldt, die Ehe anzwingen wollte, würde sich dadurch keine Ehe erhalten, sondern einen Sitz oder Zunder alles unchristlichen und höchstärgerlichen Lebens, so mit Leibs- und Seelengefahr verknüpft ist, anrichten, und diesen Eheleuten nicht einen Weg zum Himmel und guten Leben bahnen, sondern öfters eine Hölle schon in diesem Leben bauen. Und wie demnach in aller Welt ausser Zweifel gehalten wird, quod minus malum induat rationem boni, wie gleichfalls Grotius vielmals solches anzeucht und bewähret,

de Jure bell. & pac. lib. 2. *cap.* 32. §. 2. *in fin. & lib.* 3. *cap.* 23. §. 5. *&c.*

auch an sich unläugbar ist, daß, wenn aus zweyen Uebeln eines zu erwählen ist, das kleineste neceſſitas, das größte aber, so weit es das andere excediret, ein vorsetzliches und eigenwilliges, folgends alleine ein wahres Verbrechen seye; Also folget daraus, daß in dem Fall, da Eheleute in unversöhnlichem Widerwillen leben, und demnach separiret seyn wollen, besser sey, sie nicht zusammen zu zwingen, als eine solche Suite von Sünden und Aergernissen, wodurch ihre zeitliche und ewige Wohlfahrt in Gefahr gesetzt wird, durch unzeitigen Zwang zu veranlassen. Dieses nun ist es auch, was Moses selbst insonderheit beweiset und bestärket, indem er eines Theils anzeiget die Erschaffung eines Männleins und Fräuleins, worauf der Heiland sich beruffen, und daraus die Morale, daß der Mensch dieselbe nicht scheiden solle, geschlossen; Dessen ungeachtet aber doch eben derselbe Moses in diesem Statu corruptionis dem Manne verstattet, seinem Weibe einen Scheide-

brief

brief zu geben. Welches erlaubende Gesetze Moses entweder recht oder unrecht ist: Daß es unrecht sey, da es ein Stück des göttlichen Worts und heiligen Schrift, und darinn unter der besondern Gegenwart Gottes, aus dessen Eingebung von Mose (einem so großen Propheten, daß Christus selbst *Matth.* 23. *v.* 2. *&* 3. alles, was er gesagt, zu thun befohlen) verordnet ist, *Deut.* 24. kann ohne der äussersten Impietät und Schmälerung des göttlichen Worts nicht gesagt werden. Ist es aber nicht, so kann eine solche rechtliche Verordnung, wie von dem Gesetzgeber Mose, also auch von einer hohen Obrigkeit, welche eine legislatorische Macht hat, gleichfalls verfüget werden.

Und solches erkläret also auch unser Heiland selbsten zum deutlichsten, wenn er ausdrücklich die zween Status integritatis & corruptionis *Matth.* 19. unterscheidet, und *vers.* 8. sagt: im Anfang war es nicht also; (nemlich daß sie sich scheiden möchten); was er aber durch den Anfang verstehe, erkläret er bald selber *in v.* 4. *&* 5. von dem Anfang, da Gott Mann und Weib erschaffen, und zusammen gefügt hat; also von der Zeit der ursprünglichen Eheeinsetzung, so im Stande der Vollkommenheit geschehen; und wie nun also in eo statu die Scheidung nicht verstattet war, also folgte daraus in eodem statu nothwendig, was *vers.* 9. stehet, daß beydes der sich scheidet, und der die Geschiedete nimmt, einen Ehebruch begiengen. Hingegen aber *in vers.* 8. erkläret er, daß Moses in statu corruptionis die Scheidung allerdings erlaubt hätte, welchen er *σκληροκαρδίαν* oder Härtigkeit des Herzens nennet, worunter nicht nur die Juden, sondern auch, und zwar nach Aussage Pauli *Rom.* 1. *v.* 21. *& seq.* noch vielmehr die Heiden gesteckt, weil alle, Heiden und Juden, durch den ersten Fall sub peccato beschlossen sind,

Rom. 3. *v.* 9. *& c.* 11. *v.* 32. *Gal.* 3. *v.* 22.

Und dieses bekräftiget er noch weiter und sehr nachdrücklich *in d. c.* 19. *v.* 10. *&* 11. als seine Jünger eben dieses dagegen einwandten, daß solchergestalt die Ehe ein hartes Joch seyn würde. Denn darauf antwortet er, daß dieses Worts oder Gebothes, welches er ihnen fürgestellt, nicht jedermann fähig wäre, sondern alleine, denen es gegeben sey; woraus denn, unsers Erachtens, ganz klar folget, daß die, denen es nicht gegeben, dazu nicht gezwungen werden sollen.

Wie nun unser Heiland merklich hinzusetzt, daß dieser Scheidebrief eben wegen des Herzens Härtigkeit erlaubet worden; Also wird es der Sache ein groß Licht geben, wenn die Wichtigkeit dieser angeführten Ursachen, nach dem, was oben bereits zum Theil verhandelt ist, erwogen wid. Massen, weil diese Herzenshärte aus der durch den Fall verderbten menschlichen Natur

tur entstehet, die allen Menschen anklebt und angebohren ist, *Rom.* 3. *v.* 11. & 12. ihnen ein Unvermögen, ihr Fleisch, das ist, dessen Regungen, worunter Zorn, Rachgier, und vorab Cupiditates carnales, die heftigsten sind, zu bezwingen gebühret; So ist daraus leicht zu ominiren, wenn bereits zwischen Eheleuten ein Samen des Widerwillens und Hasses so sehr sich gewurzelt, daß ein Theil bey dem anderñ nicht bleiben will, und dennoch dazu gezwungen wird; wie sodenn nichts als Haß und Zwietracht, so mit nichts mehr, als mit dem Ehestand streitet, daraus ferner aufgehen, und wo nicht in gefährliche Nachstellung, doch in ein ärgerliches ungöttliches Leben, in Ansehung obangeregter menschlicher Schwachheit, ausschlagen, oder auch wohl gar traurige und unglückliche Eventus, woran beydes zeitliche und ewige Wohlfahrt Schiffbruch leiden könnte, zu besorgen stehen dürfte. Immassen denn auch nicht nur bey unserer Facultät dergleichen Exempel vorkommen, sondern auch aus Ihro Königl. Maj. Consistorio am 28. Sept. 1687. solche Exempel und Machinationes referiret; und wiederum vom 18. Jun. 1690. von der Commission ein gleiches berichtet, und dabey insonderheit erwähnet wird, daß der Zeit, das klägliche Exempel eines unseligen Endes zweyer wieder zusammen gezwungener Eheleute noch in frischer Gedächtniß geschwebet.

Welchem nach wir nun so vielweniger anderster dafür halten können, als daß, wenn ein solcher implacabler Widerwill zwischen Eheleuten sich erreget, es nicht nur der hohen Obrigkeit erlaubet, sondern auch besser und weniger sündlich seye, mit Mose dieselbe zuerlassen, als sie zu einem solchen Joch zu zwingen, und sich dadurch an dem traurigen oder ärgerlichen Erfolg theilhaft und schuldig zu machen. Dahero denn auch, und wenn zumalen die Natur und Eigenschaft einer Ehe und deren ganzer Endzweck eingesehen wird, wir nichts anders denken können, als daß bey der vorgestellten Beschaffenheit der Zwang die Grenzen einer weltlichen Macht überschreite, welche zwar das schuldige Theil strafen aber nicht machen kann, daß unter ihnen eine wahre Ehe sey.

Was die Ehe und deren Eigenschaft sey, muß aus ihrer Beschreibung sich weisen: Laut welcher sie ist eine conjunctio maris & fœminæ, individuam vitæ consuetudinem continens, §. 1. *I. de Patr. potest.* welche conjunctio beydes Animorum & Corporum ist, und dahero eine individuam vitæ consuetudinem zu begreifen, gesagt wird. Wenn nun in dieser Conjunction die ganze Substanz und Natur einer Ehe bestehet, so folget von selbsten, daß, wenn die Gemüther gänzlich und beständig von einander abgewandt sind, so denn es keine Ehe mehr seye, quippe ejus essentia sublata, und noch vielmehr, wenn eo animo auch die conjunctio corporum, mithin omnis vitæ consuetudo aufgehoben ist.

Es

Es kann auch ein solcher mit der Essenz und Natur einer Ehe um so vielweniger bestehen, weil GOtt die Ehe den Menschen als eine besondere Wohlthat, zu einer mutuellen Hülfe, Trost, und Vergnügung im Leben; und dann um rechtmäßige Kinder durch eheliche Liebe fortzuzielen, eingesetzt. Wann nun zwischen Eheleuten ein solcher unversöhnlicher Widerwille ist, daß ein Theil bey dem andern nicht bleiben und wohnen kann, und also beydes conjunctio animorum & corporum gänzlich zerrissen ist, bleibt es keine Ehe mehr, und kann zwar sodann das Theil, welches Schuld daran zu seyn, überwiesen ist, nach Befinden angesehen, aber nicht erkannt werden, daß sublata conjunctione animorum & corporum noch eine Ehe sey; nachdem es nicht mehr ein Instrument ist, einander zu helfen, sondern zu verfolgen; kein Weg das Kreuz zu heben, sondern zu machen, und kein Mittel die sündliche Brunst durch eheliche Beywohnung zu stillen, sondern durch die Separation gegen andere zu erregen, und zu entzünden, deren keines mit dem Wesen einer Ehe bestehen kann. Woraus wir dann auch schließen, daß der Unterschied, so inter divortium, & separationem perpetuam thori gemacht wird, bloß juris positivi sey, in der That aber durch eine solche separationem perpetuam das ganze Band der Ehe, als welches alleine in conjunctione animorum & corporum bestehet, gänzlich getrennet; und selbst die Substanz der Ehe aufgehoben werde; es läuft und streitet auch diese Separation eben sowohl und directo wider das moralische Gesetz, was GOtt zusammen gefügt, soll der Mensch nicht scheiden. Dann weil sie durch diese Separation auf ewig geschieden werden; so bleibt ja Zeitlebens nicht zusammen gefügt, was Zeitlebens separirt ist. Und wird also nicht weniger dadurch dieses göttliche Gesetze Christi übertreten, als durch ein divortium, und kann demnach eine solche Separation aus keinen andern Ursachen, als das divortium selbst, lege naturæ justificiret werden. Woraus wir dann den Schluß machen, weil in dem königl. Consistorio bereits vor vielen Jahren separatio perpetua thori, und daß dazu zulängliche Ursachen seyn, erkannt ist, daß demnach nichts mehr von dem Eheband übrig sey, als was juris positivi ist, worüber die hohe Obrigkeit bekänntlich wohl dispensiren kann. Zumal denn auch eine andere Dispensation über diese Generalregel, was GOtt zusammen gefügt ꝛc. *Exod.* 21. *v.* 3. *&* 5. gefunden, und von einem freygelassenen Knecht, in forma Legis verordnet wird, daß, da er ohne Weib kommen, er auch ohne Weib ausgehen. Und wann ihm sein Herr ein Weib gegeben, und er Söhne und Töchter gezenget, das Weib und die Kinder seines Herrn seyn, er aber ohne Weib ausgehen solle.

Da

Da dann genug seyn wird, darüber die merkwürdige Annotation *Calvini in Pentateuch. ad Exod.* 21. *sub Præcep.* 8. *fol.* 365. der dieses aus der gemeinen σκληροκαρδία herleitet, anzufügen, die also lautet:

Nihil magis præter naturam, quam ut maritus, relicta uxore & liberis abjectis alio migret &c. Nec tamen potuit aliud esse remedium, quia si uxor cum liberis fuisset manumissa, eos secum educere *fuisset spoliare justum dominum* non modo ancilla, quæ erat in ejus mancipio, sed etiam teneris adhuc puellis, in quarum educationem sumptus fecerat. *Ita juri privato cessit Conjugii sanctitas hac in parte*: Unde divortium inter alia numerandum, quæ toleravit Deus ob populi duritiem, quia vix corrigi poterat.

Wie nun also dieses göttliche mosaische Gesetze von der Ehescheidung im jetzigen statu corrupto allerdings recht und wohl verordnet, auch von dem Servatore Sanctissimo nicht aufgehoben, sondern hingegen aufs herrlichste erkläret, und von demjenigen Rechte gründlich entschieden worden, das in dem ersten Stand der Vollkommenheit ergangen, und an welchem dennoch derjenige, so dawider handelt, schuldig wird: Also ist allervörderst zu merken, daß es bey diesem Rechte der Ehescheidung nicht nur die erste, sondern die ganze christliche Kirche, auch unter den christlichen griechischen und teutschen Kaysern gelassen; massen in den gemeinen Rechten, welche in der Christenheit ohne einig Bedencken angenommen sind, eben dasselbe Recht mittendi repudii, welches Moses verstattet, nicht weniger zugelassen ist,

L. 9. *& pass. ff. de Divort. & Repud.*

Und obschon die Kaysere, Theodosius und Valentinianus, gewisse causas repudii

in L. 8. §. 2. *&* 3. *C. de Repud.*

verordnet, so haben sie doch nicht gesetzt, daß in den übrigen Fällen, da solche causæ nicht vorhanden, das Ehebänd ungetrennet bleiben, sondern daß das Theil, so ohne dergleichen Ursachen sich scheidet, seines an dem Heyrathsgut, und der Wiederlage habenden Rechtens verlustig seyn, und das Weib, wann dasselbe ohne solche Ursachen sich scheidet, 5 Jahr ungeheyrathet bleiben solle,

d. L. 8. §. 4. *&* 5.

Welches

Welches auch Kayser Justinianus *in Nov.* 22. *c.* 3. nicht nur noch deutlicher angewiesen, sondern auch den Grund desselben beygefügt; nämlich, quia nuptias affectus alternus facit: und schließet daraus, wann keine von den erzählten Ursachen vorhanden, solche Scheidung, wie obgemeldt, bestraft werden solle.

Zu diesen Ursachen, welche Kayser Theodosius benennet, und deren 13 waren, hat Kayser Anastasius in *L.* 9. *C. eod. tit. de Repud.* noch die hinzu gethan, wann die Ehescheidung mit beyder Consens geschehen; welche Ursache mutui consensus zwar Justinianus *in Nov.* 117. *cap.* 10. zurück genommen; dessen Successor, Kayser Justinus, aber sie restituiret, auch seine Ursachen, (die auf eben den Grund status humani præsentis gehen, welchen wir bishero fürgestellet haben), beygefügt.

Wobey es auch unter den christlichen fränkischen und teutschen Kaysern geblieben, so gar, daß unter denen alten Formulis Marculphi auch die Formul stehet, wodurch die Ehen mutua voluntate geschieden werden sollen, und also lautet:

> Certis rebus & probatis causis inter maritum & uxorem repudiandi locus patet. Idcirco dum inter maritum & conjugem suam, maritum non caritas secundum Deum, sed discordia regnat, & ob hoc pariter conversari minime possunt, placuit *utriusque voluntatibus*, ut se a consortio conjugali separare deberent, quod & fecerunt. Proptera has epistolas inter se uno tenore conscriptas &c.

Welche Formul in *editione Lindenbr. leg. antiq.* die 84te ist: bey dem *Balutz. in Capitular. Reg. Franc.* aber in *lib.* 2. *form. Marculph. tit.* 30. gefunden wird.

Und ist dieses also ungeändert geblieben, bis vor dem großen Interregno, nach dem zwischen den Kaysern und Päbsten über der obersten Gewalt in Kirchensachen geführten leidigen Streit, die Päbste alle Macht, und zugleich, unter dem Prætext eines Sacraments, auch die Ehesachen zu sich gerissen, und darüber nach ihrem Willen und Nutzen disponiret. Und ist also von denenselben auch eine separatio perpetua tori salvo vinculo erdacht, außer dem aber davon in keinen Rechten von der Welt jemals gehöret worden.

Wir lassen aber dieselbe, so weit sie auch in den evangelischen Consistoriis heutiges Tages eingeführet ist, in ihren Grenzen gelten. Und hat es auch die Meynung nicht, daß die Consistoria, worinn meistens nur zwo Ursachen, als Ehebruch und bösliche Verlassung; in etlichen überdem inimicitiæ capitales, in einigen auch sonsten noch wichtige Ursachen eingeführt, oder

hergebracht sind, nach diesen alten Rechten erkennen und verfahren mögen; massen dieselbe nicht anders, als secundum Leges præsentes & mores receptos sprechen, nicht aber andere Leges setzen können; sondern es ist bisher alleine die Frage von der Potestate legislatoria der hohen Obrigkeit, wie weit selbige hierinn dispensando gehen könne?

Weil dann nun die hohen Obrigkeiten, evangelischen Theils, an die päbstliche Arbitrair-Rechte nicht gebunden, die in Consistoriis eingeführte Restrictiones aber auf zwo oder drey Ursachen bloß juris positivi sind, worüber die hohe Obrigkeit gleichfalls nach dem Maaß der menschlichen Schwachheit und Zustandes wohl dispensiren kann; das göttliche mosaische Gesetze auch die Ehescheidung diesfalls billiget, und solches von dem Heiland der Welt nicht aufgehoben, sondern gründlichst erläutert, und dahin gesehen worden, daß dieses nach dem jetzigen Stand der menschlichen Schwachheit, und Natur regulirte Recht, mit der ursprünglichen Beschaffenheit der Ehesetzung in statu integritatis nicht vermischt werden möchte; dieses Recht auch also in der ganzen christlichen Kirchen angenommen, und beständig gehalten, auch durch die Constitutiones der christlichen Kayser bestättigt worden; da doch damals die fürtrefflichsten Väter der Kirchen gelebt, und niemals solches mißbilligt haben; Inmassen dann dasselbe insonderheit der wohlbekannte JCtus *Rennemannus in Jurispr. Rom. Germ. membr.* 1. *disp.* 42. *th.* 36. lit. c angemerkt, dessen Locum der sel. Herr *Struvius in Synt. Jur. Civ. Exerc.* 30. *th.* 41. anziehet, folgenden Inhalts:

> Sacræ Scripturæ prohibitio accipienda de divortio, privato cujusque arbitrio, quavis causa, vel ex nulla omnino, temere concepto; non de illo, quod ex causa legitima & jure probata, Magistratus auctoritate prævia est permissum. Idcirco nec dubitandum censemus, cum causæ supra th. 40. memoratæ, sint a Christianis Impp. (sub quorum imperio sanctissimi Theologi, Nazianzenus, Theodoretus, Augustinus, Hieronymus, Ambrosius, & alii, floruerunt), nemine contradicente, decretæ, & per aliquot secula observatæ: Quin & hodie pii Magistratus eo, quo dictum est modo, non tantum ex istis ante recensitis, sed etiam ex aliis gravioribus causis, vel æque gravibus, pro circumstantiarum suasione, divortia concedere queant &c.

Dieses Rechtens auch Carolus M. und so viel andere christliche Kayser, Könige und Fürsten selbst in ihren eigenen Personen und Ehesachen, wie aus den Historien bekannt ist, sich bedienet und gebraucht haben; immassen es dann

dann denen alten kanonischen Rechten selbst also gemäß ist, in *C. Quos Deus conjunxit.* 18. *Cauf.* 33. *Quaest.* 2.

Und dann N. N. anzeiget und vielfältig contestiret, wie zwischen ihm und seiner Ehegattin ein solcher unversöhnlicher Widerwillen entstanden, daß ihm unmöglich sey, bey ihr zu wohnen; und nicht nur solches bereits viel Jahre her im Werk sich also gezeiget hat, sondern auch dessen Ursachen in Actis beygebracht worden; so daß deswegen sie bereits durch das Consistorium auf Lebenszeit, und also in perpetuum a toro & mensa geschieden sind, wodurch, wann man naturalem rationem & veritatem ansiehet, das Eheband obangezeigter massen bereits zerrissen ist; beyde Theile auch in die Ehescheidung willigen, welches absonderlich für eine rechtmäßige Ursache in der Kirchen Gottes von der höchsten christlichen Obrigkeit gehalten, auch solchenfalls zu Vermeidung größerer Sünden, ärgerlichen Lebens, oder auch traurigen Folgen, so aus zusammen gezwungenen Ehen in dem jeßigen Stande menschlicher Schwachheit zu entstehen pflegen, und zu besorgen sind, die Scheidung um so vielmehr für sicherer und zureichlicher geachtet worden, weil die, so in solchem Zwang, auch an allem daraus entstehenden und zu befahrenden Uebel mit Ursache zu seyn geachtet werden; wie alles mit mehrerm bereits angewiesen ist.

Als halten wir demnach, mit Vorbehalt aller andern bessern Meynungen, dafür, daß Ihro Königl. Majest. kraft dero höchsten königl. Landsfürstl. und obersten Bischöflichen Gewalt, in die gänzliche Scheidung zu gehelen, und darüber zu dispensiren wohl bemächtigt, solches auch in reiflicher Erwägung obangeführter Ursachen, und der deswegen von GOtt selbsten durch Mosen ertheilten Ordnung zu folge, in vita civili besser, rathsamer und sicherer sey. Und so viel von der ersten Frage.

Was nun ferner

Die zweyte Frage

betrifft: Ob nicht auch der Spruch Christi, was GOtt zusammen gefüget, soll der Mensch nicht scheiden, in sich besondere Abfälle habe?

Ob nun schon die Regel, oder das Verboth, general lautet, selbiges auch ein Schluß ist, welchen Christus aus der göttlichen Conjunction und Zusammenfügung inferiret; ein Schluß aber, so aus seinen præmissis der Ge-

 bühr

hergebracht sind, nach diesen alten Rechten erkennen und verfahren mögen; massen dieselbe nicht anders, als secundum Leges præsentes & mores receptos sprechen, nicht aber andere Leges setzen können; sondern es ist bisshero alleine die Frage von der Potestate legislatoria der hohen Obrigkeit, wie weit selbige hierinn dispensando gehen könne?

Weil dann nun die hohen Obrigkeiten, evangelischen Theils, an die päbstliche Arbitrair-Rechte nicht gebunden, die in Consistoriis eingeführte Restrictiones aber auf zwo oder drey Ursachen bloß juris positivi sind, worüber die hohe Obrigkeit gleichfalls nach dem Maaß der menschlichen Schwachheit und Zustandes wohl dispensiren kann; das göttliche mosaische Gesetze auch die Ehescheidung diesfalls billiget, und solches von dem Heiland der Welt nicht aufgehoben, sondern gründlichst erläutert, und dahin gesehen worden, daß dieses nach dem jetzigen Stand der menschlichen Schwachheit und Natur regulirte Recht, mit der ursprünglichen Beschaffenheit der Eheeinsetzung in statu integritatis nicht vermischt werden möchte; dieses Recht auch also in der ganzen christlichen Kirchen angenommen, und beständig gehalten, auch durch die Constitutiones der christlichen Kayser bestättigt worden; da doch damals die fürtrefflichsten Väter der Kirchen gelebt, und niemals solches mißbilligt haben; Innmassen dann dasselbe insonderheit der wohlbekannte JCtus *Rennemannus in Jurispr. Rom. Germ. membr.* 1. *disp.* 42. *th.* 36. *lit. c.* angemerkt, dessen Locum der sel. Herr *Struvius in Synt. Jur. Civ. Exerc.* 30. *th.* 41. anziehet, folgenden Inhalts:

> Sacræ Scripturæ prohibitio accipienda de divortio, privato cujusque arbitrio, quavis caufa, vel ex nulla omnino, temere concepta; non de illo, quod ex caufa legitima & jure probata, Magiftratus auctoritate prævia eft permiffum. Idcirco nec dubitandum cenfemus, cum caufæ fupra th. 40. memoratæ, fint a Chriftianis Impp. (fub quorum imperio fanctiffimi Theologi, Nazianzenus, Theodoretus, Auguftinus, Hieronymus, Ambrofius, & alii, floruerunt), nemine contradicente, decretæ, & per aliquot fecula obfervatæ: Quin & hodie pii Magiftratus eo, quo dictum eft modo, non tantum ex iftis ante recenfitis, fed etiam ex aliis gravioribus caufis, vel æque gravibus, pro circumftantiarum fuafione, divortia concedere queant &c.

Dieses Rechtens auch Carolus M. und so viel andere christliche Kayser, Könige und Fürsten selbst in ihren eigenen Personen und Ehesachen, wie aus den Historien bekannt ist, sich bedienet und gebraucht haben; immassen es dann

dann denen alten kanonischen Rechten selbst also gemäß ist, in *C. Quos Deus conjunxit.* 18. *Cauf.* 33. *Quaest.* 2.

Und dann N. N. anzeiget und vielfältig contestiret, wie zwischen ihm und seiner Ehegattin ein solcher unversöhnlicher Widerwillen entstanden, daß ihm unmöglich sey, bey ihr zu wohnen; und nicht nur solches bereits viel Jahre her im Werk sich also gezeiget hat, sondern auch dessen Ursachen in Actis beygebracht worden; so daß deswegen sie bereits durch das Consistorium auf Lebenszeit, und also in perpetuum a toro & mensa geschieden sind, wodurch, wann man naturalem rationem & veritatem ansiehet, das Eheband obangezeigter massen bereits zerrissen ist; beyde Theile auch in die Ehescheidung willigen, welches absonderlich für eine rechtmäßige Ursache in der Kirchen Gottes von der höchsten christlichen Obrigkeit gehalten, auch solchenfalls zu Vermeidung grösserer Sünden, ärgerlichen Lebens, oder auch traurigen Folgen, so aus zusammen gezwungenen Ehen in dem jetzigen Stande menschlicher Schwachheit zu entstehen pflegen, und zu besorgen sind, die Scheidung um so vielmehr für sicherer und zureichlicher geachtet worden, weil die, so in solchem Zwang, auch an allem daraus entstehenden und zu befahrenden Uebel mit Ursache zu seyn geachtet werden; wie alles mit mehrerm bereits angewiesen ist.

Als halten wir demnach, mit Vorbehalt aller andern bessern Meynungen, dafür, daß Ihro Königl. Majest. kraft dero höchsten königl. Landsfürstl. und obersten Bischöflichen Gewalt, in die gänzliche Scheidung zu gehelen, und darüber zu dispensiren wohl bemächtigt, solches auch in reiflicher Erwägung obangeführter Ursachen, und der deswegen von GOtt selbsten durch Mosen ertheilten Ordnung zu folge, in vita civili besser, rathsamer und sicherer sey. Und so viel von der ersten Frage.

Was nun ferner

Die zweyte Frage

betrifft: Ob nicht auch der Spruch Christi, was GOtt zusammen gefüget, soll der Mensch nicht scheiden, in sich besondere Abfälle habe?

Ob nun schon die Regel, oder das Verboth, general lautet, selbiges auch ein Schluß ist, welchen Christus aus der göttlichen Conjunction und Zusammenfügung inferiret; ein Schluß aber, so aus seinen præmissis der Ge-

 bühr

bühr inferiret wird, in keinem Fall und in keinem Stück fehlen muß: So nimmt doch nichts destoweniger Christus selbst sofort davon aus den Fall der Hurerey, und bleibt demnach doch noch die Frage, und der Zweifel, ob nicht eadem ratione die Abfälle noch weiter sich erstrecken möchten; massen, wann man schon sagen wolte, daß Christus nur eine Exception gemacht, und dahero im übrigen es bey der Regel bleibe; so ist jedoch nicht nur bekannt, daß dennoch außer derselben noch eine andere Exceptio, nämlich malitiosæ desertionis sey, welche nicht weniger eine wahre Gattung einer Ehescheidung, keinesweges aber ein Crimen adulterii sey, noch dafür zu halten, und bestrafet werde; sondern auch, daß die Exceptiones nicht nach ihren bloßen dürren Worten, sondern ex ratione & causa sua ermessen, und also ea paritate rationis erläutert und verstanden werden, sonderlich wann die Wörter zweydeutig sind, und in einer Ambiguität stehen. Und wird demnach allervörderst die sowohl in der Natur, als in Rechten unstreitige Regel zum unbeweglichen Grunde gesetzt: Quod idem jus sit, ubi eadem ratio,

ex *L.* 32. *princ. ff. Ad L. Aquil. L.* 5. §. *fin. ff. Naut. caup. stab.*

Massen Ratio die anima dispositionis ist, und genennet wird, indem es heißt: Scire leges non est verba earum tenere, sed vim & potestatem,

per *L.* 13. *ff. de Legib.*

Wie dann unter andern Tiraquellus mit vielen illustriret, quod ratio sit dispositionis anima, spiritus & medulla, quin ipsa lex ejusque mens & sententia, seu dispositio,

Tom. 2. *part.* 1. *tract. cessante causa &c. n.* 138. *& pluribus seqq.*

So gar, daß auch die Disposition selbst nicht die Worte derselben, sondern Ratio & sententia ejus verstanden wird, und demnach die Fälle, welche nicht unter den Worten, sondern nur ea paritate rationis begriffen sind, unter der Disposition selbst, nicht per extensionem, sondern per comprehensionem, verstanden werden,

Tiraq. d. loc. n. 141. *& seqq. & tom.* 6. *ad L.* 8. *C. de Revoc. Donat. Gloss. in verb. Libertis. n.* 45. *&* 46.

Dahingegen, wann man nur an den Worten naget, solches in fraudem legis zu geschehen geachtet,

L. 29. *L.* 30. *ff. de Legib.*

und allenthalben verworfen, insonderheit aber von den Gesetzen gesagt wird

Non

Non oportere Jus Civile calumniari; neque verba captari; sed qua mente quid diceretur, animadvertere, *L. pen. ff. ad exhibend.*

Was es nun für eine Ratio oder ein Grund sey, worauf Christus diese Exception, ohne die Regel und den gemachten generalen Schluß umzustoßen, gebauet habe, erscheinet nicht unschwer aus dessen eigenen Worten, da er *vers.* 4. 5. & 6. von einer ehelichen Zusammenfügung redet, und anzeiget, wie GOtt Mann und Weib erschaffen, und gesagt habe, daß darum ein Mann seine Eltern verlassen, und an seinem Weibe hangen, und dieselbe ein Fleisch seyn werden; Und aus dieser Ursache schließt er nun in *vers.* 6. weil sie nicht zwey, sondern ein Fleisch sind, so soll, was also GOtt zusammen gefüget, der Mensch nicht scheiden. Diese Union nun bestehet in conjunctione corporum & animorum, und darinn die ganze Substanz der Ehe; wie bey der ersten Frage gezeiget ist. Woraus dann folget, wann diese conjunctio animorum & corporum gebrochen ist, das nothwendig das totale Band der Ehe, als deren ganze Natur und Eigenschaft darinn bestehet, gelöset sey, folgends sodann diese Personen ohne Verletzung des obrigkeitlichen Gewissens, geschieden werden mögen. Und ist demnach hievon erstlich ein Fall in dem Exempel Christi, wann das Weib Ehebruch getrieben, und demnach der Mann ihr nicht weiter beywohnen will; massen, wann der Mann ihr, dessen ungeachtet, auch künftig beywohnen wolte, bleibt die Ehe aufrecht und ungetrennet, durante quippe conjunctione animorum & corporum. Es bestehet dahero die Ursache dieser Exception nicht in enormitate criminis, daß Ehebruch ein schwer Verbrechen sey, weil Todtschlag und andere Crimina noch schwerer, und doch hierunter nicht begriffen sind, sondern die einzige Ursache ist, weil das von GOtt zusammen gefügte Band, und die Conjunction, worinn die Ehe bestehet, indem der Mann dadurch gereitzet, ihr nicht mehr beywohnen will, mithin das Eheband, nämlich conjunctio animorum & corporum, rumpiret ist.

Aus eben derselben Ursache folget zweytens das Exempel einer vorsetzlichen Desertion, wann ein Theil das andere mit dem beständigen Vorsatz verläßt, daß es demselben niemals mehr beywohnen wolle; 1 *Cor.* 7. *v.* 15. Und zerfällt also auch hierdurch das Band einer Ehe, nämlich conjunctio animorum & corporum dissolutio. Und ist also dieses Exempel, obschon nicht unter den Worten Exceptionis Christi, jedoch unter derselben Ration begriffen und gegründet; folgends nach dem, was oben angewiesen ist, richtig: Idem jus esse, ubi eadem ratio. Und haben also der Heiland und seine Apostel beydes aus einem Grunde geschlossen.

Nicht weniger wird aus derselben Ration und Ursache das dritte Exempel bündig inseriret, wenn ein so unversöhnlicher Widerwillen, Haß oder Feindschaft sich entsponnen, daß ein Theil keinesweges dem andern mehr beywohnen will; folgends dadurch gleichfalls das Band der oftgemeldeten Conjunction, worinn die Ehe bestehet, durchschnitten ist. Und ob nun schon scheinet, daß diese Exception den Worten nach in der heil. Schrift nicht ausgedruckt sey; so ist sie dennoch nicht nur auf denselben Grund, wie die beyde vorige gebauet, und also hier auch idem jus, ubi eadem ratio, sondern sie auch unter der zweyten absonderlich begriffen, und eine wahre Gattung einer vorsetzlichen Desertion, als welche nicht bestehet in desertione domus, vel mutatione loci, sondern in desertione debiti conjugalis.

Weswegen dann auch von den Theologis und JCtis zwo Gattungen desertionis gemacht werden, als eine visibilis, wann einer animo deserendi davon gehet, und eine invisibilis, wann er zwar an dem Ort, oder auch in derselben Wohnung bleibt, aber nichts destoweniger aus einer unauslöschlichen Aversion oder unversöhnlichem Haß den festen Vorsatz gefaßt, dem Ehegatten niemals mehr beyzuwohnen. Und ist beydes eine desertion, quæ fit animo in perpetuum deserendæ & dissolvendæ illius conjunctionis, worinn das Wesen der Ehe bestehet.

Und scheinet diese Ursache, unsers Ermessens, fast die wichtigste zu seyn; weil, wann ein Theil sich gar davon macht, zwischen denen von einander entfernten nichts Widriges zu besorgen ist, außer den Reitzungen des Fleisches, und daher entstehenden Sünden; dahingegen, wann sie zusammen bleiben, aus obgemeldeter Aversion oder Exulceration der Gemüther, nicht anders kann, als traurige, unglückliche Suites, oder doch eine ärgerliche unchristliche Lebensart erwartet werden.

Zu dessen Bestättigung dann sehr merklich ist, daß auch in Canonischen Rechten selbst, da das eheliche Band, als ein geistliches vinculum & sacramentum, für ganz und gar unauflöslich gehalten wird, so, daß auch die darinn sogenannte sponsalia de præsenti, welche ein wahres vinculum conjugale sind, und deswegen eo jure auch durch einen begangenen Ehebruch, quoad vinculum, nicht geschieden werden können, dennoch wegen eines unversöhnlichen Widerwillens oder Feindschaft solviret werden mögen; Massen von solchen Sponsalibus puris & inter ipsos sponsos initis, welches sponsalia de præsenti sind, dieser Inhalt zu lesen ist in *c. 2. X. de Sponsal. & matrim.*

Hi

Hi, qui de matrimonio contrahendo *pure & ſine omni conditione* fidem dederunt, commonendi ſunt & omnibus modis inducendi, ut præſtitam fidem obſervent. Si autem ſe ad invicem admittere noluerint, ne forte deterius inde contingat, ut talem ſcil. ducat, quam odio habet, videtur, quod inſtar eorum, qui ſocietatem interpoſitione fidei contrahunt, & poſtea eandem ſibi remittunt, hoc poſſit in patientia tolerari.

Und ebener maſſen in *c.* 17. *X. eod. tit.* von ſolchem, die durch einen Eidſchwur ſich verbunden hatten, es alſo lautet:

Mulier, cum libera debeant eſſe matrimonia, monenda eſt potius quam cogenda, cum coactiones difficiles ſoleant exitus frequenter habere.

Wie aus dieſen angezogenen Oertern die evangeliſchen Dd. ſolches behaupten:

Paul. Cypr. de Sponſal. c. 13. §. 31.
Richter. part. 1. *dec.* 8. *num.* 9. *&c.*
Carpz. Jurispr. Conſiſt. lib. 2. *dec.* 176. *n.* 8. *& ſeqq.*

Wann dann nun auch bekannt iſt, daß ſponſalia de præſenti ein wahres matrimonium, und in beyden Rechten zum Grunde geſetzet werde, quod nuptias conſenſus faciat, non concubitus, nicht nur in jure civili:

L. 20. *ff. de Reg. Jur. L.* 32. §. 13. *ff. de Don. int. vir. & ux.*

Sondern auch in Jure Canonico vielfältig:

c. 1. *c.* 3. *c.* 4. *c.* 5. *c.* 6. *c.* 9. *& paſſ. cauſ.* 27. *quæſt.* 2.

Und dann alle Theologi & JCti ohne Unterſcheid dahin einſtimmen, daß ſolche ſponſalia de præſenti propter irreconciliabilem inimicitiam vel averſionem geſchieden werden können, wie ſolches auch bezeuget

Harpr. ad tit. Inſt. de nupt. in rubr. n. 138.

So können wir nicht finden, wie das göttliche Geboth wider die divortia ex hac cauſa angezogen werden könne: weil ja die göttliche Zuſammenfügung der erſten Menſchen nicht durch deren concubitum geſchehen, ſondern durch die erſte Geſellſchaft; da geſagt wird, daß GOtt das erſchaffene Weib zu dem Mann gebracht habe: Maſſen auch in dem Stande der Unſchuld er ſie nicht erkannt hat. Und iſt dennoch außer Zweifel, wann die divortia aus dieſer Urſache, kraft des göttlichen Geboths, verbothen ſind, daß alsdann auch die ſponſalia de præſenti ex hac Cauſa nicht können getrennet werden. Weswegen

gen dann auch die bewährtesten Lehrer ohne Unterscheid, wann zuvörderst mit allem Ernst die Eheleute sich wiederum zu vergleichen ermahnet, und alle gütliche Wege die Gemüther zu vereinigen gesuchet worden, aber dazu keine Hoffnung sich erzeiget, ex hac Causa die Divortia zulassen.

> *Wesemb. ff. tit. de Divort. n.* 9. *Schurf. Consil.* 42. *n.* 3. *Harp. d. loc. num.* 139. *Vultej. Jurispr. Rom. lib.* 1. *c.* 21. *pag.* 125. §. *communes. & in not. ad n.* 18. *vers. Hic autem contrariam &c. ubi allegat Theologus & JCtos.*

Wie dann insgemein in den evangelischen Facultäten darnach gesprochen zu werden pflegt. Zu geschweigen, daß alle diese Exempel unter der Exception Christi, ἐν μὴ ἐπὶ πορνείᾳ, nicht nur paritate rationis, sondern auch vi verborum begriffen zu seyn, die gelehrtesten Ausleger lehren und beweisen, daß das Wort πορνεία nicht allein Hurerey, sondern alle Actus begreife, die wider die Eigenschaft einer Ehe committiret, und also dieselbe dadurch violiret würde,

> Vid. *Selden. de Jur. nat. & gent. Lib.* 7. *cap.* 12. *in fin. & latissime in Uxor. Hebr. Lib.* 3. *c.* 23. *per tot. Franc. Connan. doctiss. JCtus Gallus & Pontificius, in comment. ad Jus Civil. L.* 8. *c.* 12. *num.* 5.

Welches dann insonderheit bestättigt der locus *ad Hebr.* 13. *vers.* 4. da πορνεία und eine unbefleckte Ehe directo und ohne Mittel einander opponiret werden, und daraus also folget, daß alles, wodurch die Ehe in ihrer Natur violiret oder beflecket wird, πορνεία sey. Daß aber die oberzählten Exempel, und sonderlich das letzte solche actus seyn, wodurch das eigentliche Band der Ehe, nämlich conjunctio animorum & corporum, abgebrochen, und also die Ehe violiret werde, ist mit mehrern schon ausgeführet.

Endlich ist auch solche Scheidung dem Geboth Christi um so vielweniger entgegen, weil derselbe alleine de privata separatione, nicht aber von der Obrigkeit redet; gestalten ihme auch keine Frage von der Gewalt einer Obrigkeit, sondern alleine von der Gewalt eines Ehemannes vorgetragen, und darüber alleine gehandelt worden: Ob es genug sey, daß derselbe einen Scheidebrief gebe? Und dann allbekannt ist, in responsione non aliud intelligi, quam quod est in quæstione, donec aliud probetur. So wird auch in göttlicher Schrift, wann schon an alle Menschen insgemein ein Verboth ergehet, doch die höchste Obrigkeit damit nicht gemeynet; Als wie, wann allen Menschenkindern verbothen ist zu tödten, und Blut zu vergießen, dennoch die Obrigkeit zu solchem Ende das Schwerdt trägt, nicht jure hominum, sondern jure Dei, nicht als Menschen, sondern als GOttes Diener und dessen Vi-

Vicarii auf der Erden. Welchemnach denn auch das Verboth, daß der Mensch die Ehe nicht scheiden soll, die Obrigkeit und deren Amt nicht trift, wenn sie, um einem größern Uebel vorzubeigen, und Aergernissen, Sünden und gefährliche Folgen abzukehren, die Gemüther, so einander nicht leiden können, sich separiren lässet; indem in ihren Mächten nicht ist, zur Einigkeit, worinn die Ehe bestehet, sie zu zwingen. Und diese Aversion und Widerwillen der Gemüther nun, ist die Ursache, worauf jetzo die Sache ankommt. Ob nun schon eingewendet werden möchte, daß diese Aversion nicht sey an Seiten der Ehegattin, als welche ihrer Seits vielmehr alles angewendet, um ihres Ehegatten Affection zu gewinnen; so sind doch diesfalls zwo Fragen wohl zu unterscheiden: Als (1) ob aus der Ursache eines unversöhnlichen Widerwillens und Aversion das Band der Ehe geschieden werde? Und (2) welches Theil hieran Ursache sey? Daß die Ehe dadurch geschieden werde, mithin an beyden Theilen dieselbe davon entbunden sind, ist bisher ausgeführet; und weil ein solches Band relatio inter duos ist, folget ex natura relatorum nothwendig, wenn dasselbe durch des einen Theils immortellen Widerwillen gelöset ist, beyde Theile davon befreyet seyn; welches auch die übrige Exempel malitiosæ desertionis & adulterii an den Tag legen, wodurch an beyden Seiten die Ehe getrennet wird. Welchemnach denn die andere Frage, wer Schuld an dem Widerwillen sey, keine Aenderung an der Ehescheidung macht, sondern nur dahin gehet, was für Satisfaction dem unschuldigen Theile gebühre, weswegen denn ein Theil die Ursache auf das andere zu verwelzen sich sehr zu bemühen pflegt,

arg. L. 6. L. 7. in fin. C. de Divort.

um die im übrigen daraus entstehende nachtheilige Effectus zu vermeiden. Welche Frage aber, unsers Erachtens, aus zweyen Ursachen diesfalls wider den Ehegatten nicht gereget werden kann, (1) weil durch der eydlichen Zeugen Aussage angezeiget wird, was für unerlaubte und bedenkliche Mittel die Frau zu gebrauchen sich unterstanden; wodurch auch wider ihr Absehen ihme Gefahr an seiner Gesundheit durch Unvorsicht und Gewinnsucht der alten Weiber begegnen können; sonderlich aber er zu befürchten gehabt, weil diese Mittel nicht anschlagen, daß andere und gefährlichere hätten versucht und unternommen werden dürfen. Wodurch also sie zu Erweckung oder Vermehrung seines Widerwillens und Aversion Ursache gegeben. Und wenn nun auch schon dieser Zeugen Sage an den Formalien etwas abgienge, so ist doch ihre Ursache der gebrauchten unzulässigen Mittel bereits in dem vorigen Urtheil agnosciret, mithin ein judicatum worden. (2) Weil er selbst zu einer solchen Satisfaction sich erkläret, damit sie friedlich ist, und deswegen sich mit ihm verglichen, folgends keine weitere Satisfaction fordern kann.

Aus welchem allen denn wir, jedoch mit nochmaligem Vorbehalt aller andern, der Meynung sind, weil sich eine solche unheilbare Gramschaft, Widerwill und Aversion an Seiten des N. N. wider seine Ehegattin, und daß keine Hofnung sey, solche in ein eheliches Vertrauen und Vereinigung der Gemüther wieder zu verknüpfen, daraus, den Rechten nach, ermessen wird, weil es bereits so lange gewähret, und perseverantia apparuerit esse animi judicium,

per L. 3. ff. de Divort. L. 64. in fin. ff. de Donat. int. vir. & ux.

daß diese Ursache zur Ehescheidung zulänglich, und sowohl fürträglicher, als sicherer sey, dieselbe zuzulassen, als sie beyde in ein unbeliebiges und verhaßtes Eheband zu zwingen. Was nun ferner die Erlaubniß wieder zu heyrathen anlangt; weil, wenn kein Eheband mehr, sondern durch dessen Scheidung die einzige Hinderung zu einer andern Ehe zu schreiten, aus dem Wege geräumet ist, folgendes die von der Natur dem Menschen verliehene Macht und Freyheit sich zu verheyrathen wieder offen ist, derselben auch sodenn kein Recht mehr entgegen stehet; und zwar in Consistoriis üblich ist, daß dem schuldigen Theil nicht gleich anderweite Heyrathung heimgelassen wird; solches aber bloß etwas poenales ist, so remittiret werden kann, auch in dem Fall, da einer von dem Alter und der Constitution ist, daß er sich nicht enthalten kann, remittiret zu werden pfleget; solchenfalls auch sündlicher und gefährlicher seyn würde, ihn davon abzuhalten; über dem allem aber nicht erwiesen ist, daß er an dieser entstandenen Mißhelligkeit alleine oder mehr als sie Schuld haben solle;

Als vermeynen wir unsers ganz unvorgreiflichen Orts, wenn die Ehe entweder aus Königl. Dispensation, oder durch einen Consistorial-Spruch geschieden werde, ihm sodenn sich anderweitig zu verehlichen, nicht zu verwehren sey. Von Rechtswegen.

(L.S.) (L.S.) Decani, Ordinarius, Seniores, und andere Doctores der Theologisch- und Juristischen Facultäten auf der Königl. und Churfürstl. Brandenburgischen Universität Frankfurt an der Oder, den 27. Aug. 1714.

Qu. VI. *An malitiosa desertio sit justa divortii causa?*

Negandum videtur, quia *Matth. V. v.* 32. mentio tantum fit unius causæ, ex qua matrimonium solvitur, scil. adulterium. Sed verius est, etiam ob malitiosam desertionem tolli matrimonium, (1) per textum expressum in 1. *Cor.* 7. v. 15. ibi: *quod si incredulus discedit, discedat, non est servituti subjectus frater vel soror &c.* etsi vero Apostolus saltem de infideli loquatur, eadem tamen est ratio in fidelibus; nam (2) tota definitio matrimonii hic cessat: malitiosa enim desertio tum est, quando conjux animum habet, in perpetuum deserendi conjugem, adeoque hic non amplius est conjunctio maris & fœminæ, neque individua vitæ consuetudo.

Laut. pag. 453. verb. *malitiosa desertio.*

Neque Obst. *Matth.* 5. *v.* 32. Sed jam ei respondimus *supr. Qu.* 5.

Not. (1) Non est malitiosa desertio, quæ saltem ad tempus fit. Hinc probari debet animus deserendi, qui evidenter exinde elicitur, si ad trinam proclamationem non appareat. Vid. *omn. Laut. h. p.* 453.

Not. (2) Ad malitiosam desertionem non requiritur, ut aufugiat, quæ visibilis dicitur, sed sufficit, si præsens nolit cohabitare: nam tunc deserit conjugem; quæ dicitur desertio invisibilis.

Qu. VII. *An morbus gallicus sit justa solvendi matrimonii causa?*

Affirmatur: Nam (1) impium esset, adigere conjugem, ut cum tali, qui contagione laborat, quæ præsentem mortem minatur, cohabitet. Sane (2) cum nemo sit dominus membrorum suorum, nec poterit conjux, etsi velit, periculo contagioso sese exponere. Et cum (3) hujusmodi homines a consuetudine humanæ societatis excludantur, nedum ab individua vitæ consuetudine.

Laut. pag. 454 verb. *lepra aut furore &c.*

Equidem communis Doctorum sententia est in contrarium, sed Principi liberas hactenus manus esse, demonstravi supra *Qu.* 5.

Qu. VIII. *Quænam sint pœnae ejus, qui causam divortio dedit?*

Resp. Non impune semper prætextu implacabilis odii ad divortium provocatur. Equidem si communi consensu id fiat, nullam pœnam con-

ſtitutam eſſe, apparet ex *L.* 9. *C. de Repud. Nov.* 140. At ſi cauſa odii & diſſidii ſit penes alterutrum, tunc, ſi UXOR anſam odio, indeque ſequenti divortio dedit, (1) amittit dotem & donationem propter nuptias, & utraque mariti lucro cedit, *L.* 8. §. 4. *C. de Repud. Nov.* 117. *c.* 13. *pr.* Niſi liberi ex matrimonio communi extent: his enim dos cedit. *dd. LL.* Vel niſi ſint bona paraphernalia aut receptitia: hæc enim liberis cedunt, non marito. Vid. *Nov.* 134. *c.* 10. *verſ. adulteram.* (2) Ad quinquennium innupta manere debet, *L.* 8. §. 4. *C. de Repud.* quod mutatum eſt *Nov.* 117. *c.* 13. ubi ad dies vitæ includitur monaſterio, cui ſimul tertia pars dotis cedit, liberis reliquis duabus partibus ſervatis; ſi vero liberi non exſtent, ſed parentes, his tertia pars conceditur; at nec his exſtantibus, tota dos monaſterio cedit. *d. c.* 13. Etſi vero moribus hæc incluſio in monaſterium non obtineat, in eo tamen ſequimur Novellam, quod uxor perpetuo innupta manere debeat. *Dn. Stryk. de Diſſenſ. Sponſal. Sect.* 6. §. 23. Princeps tamen diſpenſare poteſt. (3) Si intra id tempus nubit, fit infamis, *d.* §. 4. nec connubium dicetur, *ibid.* actioque popularis inde oritur, *d. L.* 8. §. 4. *Nov.* 22. *cap.* 15. *§.* 3. Atque ita relatum eſt ad Sereniſſimum in cauſa Thiemann, contra Fricken. verb. So ſtellen wir Eurer Königlichen Majeſtät anheim, ob ſie diejenigen Strafen, welche in Jure auf dergleichen divortientes geſetzt ſeyn, an dieſem Menſchen realeſiren wollen. Aliquando vero (4) etiam relegatio ex illa provincia, ut ſcil. ſcandalum tollatur, decerni ſolet. Vid. *Laut. in fin. h.* (Id quod tunc demum concesſerim, ſi ſumma ſit fœminæ malitia vid. *Dn. Stryk. de Diſſenſ. Sponſ. Sect.* 6. §. 23). Nam cum Doctores hanc relegationem etiam contra illam, quæ ſponſalia adimplere non vult, decernant, *Carpz. Jurispr. Eccl. p.* 2. *tit.* 12. *def.* 134. *Mev. p.* 6. *Dec.* 358. *&c.* multo magis locum habebit contra divortientem. (5) Liberi educantur apud innocentem, ſumtibus nocentis. *Laut. in fin. h.* Denique & (6) expenſas quoque reſtituit marito. *Dn. Stryk. d.* §. 23.

E contrario VIR cauſam dans divortio, (1) redhibet dotem* & donationem propter nuptias, *L.* 8. §. 5. *C. de Repud. Nov.* 117. *C.* 13. (2) Præterea ex alia ejus ſubſtantia tantum uxori præbere debet, quantum tertiam partem facit ſponſalitiæ largitatis, *dict. Nov.* 117. *c.* 13. *& Auth. Sed novo &c. C. de Repud.* (3) Uxor acquirit proprietatem donationis propter nuptias, niſi liberi exſtent, tunc enim uſumfructum ſaltem habet. Sed & (4) liberi apud innocentem matrem educantur ſumtibus nocentis, *Laut. in f. h.* At reliquæ pœnæ hic conſtitutæ non apparent, *L.* 8. §. 5. *C. de Repud. ibique Brunn. Nov.* 117. *c.* 12. *in f.* Conf. *L.* 9. *C. de Repud. Nov.* 22. *c.* 16. *pr.* ibi: *Cum & non obtinenti etiam repente nuptias facere licet.*

Qv.

Qv. IX. *An Princeps adulteræ, (dissoluto cum priori marito matrimonio) permittere possit, ut adultero nubat?*

Memini id quæsitum aliquando fuisse in causa, ubi in Belgio, adeoque extra territorium, adulterium commissum, & divortium per sententiam decretum, maritoque facultas nuptias contrahendi concessa fuit; Adulter cum adultera sese fuga pœnæ exemerunt, ac his locis domicilium fixerunt, liberosque procrearunt; tandem vero gratiam Serenissimi implorarunt, ut matrimonio sese jungere liceat. Nonnemo de jure consultus sequens responsum dedit.

Es hat eine Ehefrau, welche in Holland verheyrathet war, ihren Mann verlassen, und ist mit einem andern ledigen Menschen durchgegangen, mit welchem sie viele Jahre als Mann und Frau gelebt, auch Kinder gezeuget hat. Beyde Partheyen bitten, ihnen die Copulation zu verstatten, (insonderheit weil der erste Ehemann sich scheiden lassen, und schon längst wieder verheyrathet wäre), dahero wird gefragt:

> Ob ein Landesherr ohne Gewissensscrupel, die Heyrath der beyden Personen *quæstionis* verstatten, und also in diesem *Casu dispensi*ren könne?

Pro negativa scheinet zu streiten, daß (1) ex Sacra Scriptura bekannt sey, daß derjenige, welcher eine Abgeschiedete freyet, einen Ehebruch begehe, *Matth.* 19. (2) daß inter raptorem & raptam kein Matrimonium gelten könne,

L. 36. *C. de Nupt. & L.* 89. *Rit. Nupt.*

Welches (3) jure Canonico, si adulterium conjunctum est, ausdrücklich wiederholet wird.

C. f. X. de Raptor. c. 3. *c.* 6. *Eo qui dux. L. un.* §. 1. *C. Rapt. &c.*

Ich bin aber der unvorgreiflicher Meynung, daß diese Ursachen nicht zureichend sind, einem Landesherrn das jus dispensandi in diesem Fall abzusprechen.

Denn es ist (1) bekannt, daß, wenn eine Frau ihren Mann verlässet und noch dazu die Ehe bricht, dem Marito frey stehe, den zwischen ihnen errichteten Contract aufzuheben, und also das Band der Ehe zu zerreissen. Wenn nun dieses geschehen, so hört (2) durch diese Dissolution die ganze Ehe auf. Es ist kein consensus mutuus de cohabitando, es ist kein mutuum adjutorium mehr vorhanden, einfolglich so cessiret die essentia matrimonii. Ist nun (3) keine Ehe mehr vorhanden, so sehe ich kein Verboth weder in der Natur, noch in dem Jüdischen Gesetze, welches die Geschiedene verhindern könnte, sich mit einem andern, auch mit ihrem Ehebrecher zu verheyrathen: Es setzet (4) das Exempel Davids dieses außer allen Streit, welcher, nachdem er nicht allein mit der Bathseba die Ehe gebrochen, sondern auch so gar ihren Ehemann erschlagen, dennoch diese adulteram geheyrathet hat; und Gott hat diese Heyrath nicht cassiret, noch aufgehoben, sondern nach geschehener Buße behielt er das Weib, und Gott hat dem aus dieser adultera gezeugten zweyten Sohn das Reich zugewandt. Es stehen auch dieser Meynung die vorhin angeführte rationes nicht entgegen.

Denn was die Erste rationem betrift, ist I. wohl zu merken, daß die Gesetze in der Republik und von denen Gesetzgebern blos und allein nach dem verdorbenen Zustand der Menschen eingerichtet werden: Mithin die Vollkommenheit des moralischen Gesetzes, als welches nach dem Fall kein Mensch adimpliren kann, nicht so genau beobachtet, noch die zeitlichen Strafen darnach eingerichtet werden.

Dahero hat Moses, wegen des Herzens Härtigkeit, die Ehescheidung ob quamlibet turpem causam zugelassen, und nach diesen Gesetzen begienge weder der Geschiedene, noch derjenige, welcher die Geschiedene geheyrathet, einen Ehebruch. Die Obrigkeit straft niemand als einen Todtschläger, welcher mit seinem Nächsten zürnet, noch als einen Ehebrecher, welcher ein fremdes Weib ansiehet, ihrer zu begehren, noch denjenigen als einen Sacrilegum, welcher etwas mit mehr, als mit Ja oder Nein bekräftiget.

Weil aber alle diese Puncte, ob sie schon nicht mit denen ad statum corruptum accommodirten Gesetzen streiten, (mithin von der weltlichen Obrigkeit citra pœnam zugestanden und freygelassen zu werden pflegen,) dennoch wider die Tugend und Vollkommenheit des moralischen Gesetzes streiten; so hat der Herr Christus, welcher die Menschen blos zur Tugend unter der Verheissung des darauf gesetzten præmii anlocket, mithin seine Lehre nach dem statu perfectionis, oder nach dem Stande der Unschuld einrichtet,

richtet, seinen Jüngern und Zuhörern beständig geprediget, daß zu Erhaltung der ewigen Glückseligkeit es nicht genug sey, ad legem bonum esse, sondern daß sie sich bestreben müßten, auch allen Unvollkommenheiten abzusagen.

Und in diesem Verstand hat der göttliche Heiland seine Gesetze, mithin nicht tanquam leges Civiles, sondern tanquam leges perfectionis, publicirt. Allermassen in statu integritatis, freylich nicht verstattet war, sich von seinem Weibe zu scheiden. Woraus denn in eodem statu nothwendig folgt, was *Matth. XIX. v.* 9. stehet, daß beydes der sich scheidet, und der die Geschiedene nimmt, einen Ehebruch begiengen, wie denn auch nach diesen legibus perfectionis derjenige, welcher mit seinem Nächsten zürnet, als ein Todtschläger, *Matth. V. v.* 21. wer seine Nächstin ansiehet, ihrer zu begehren, als ein Ehebrecher angesehen wird ꝛc.

Aus welchem denn II. offenbar am Tage liegt, daß eine weltliche Obrigkeit, welche bey Etablirung ihrer Gesetze blos auf den verderbten Zustand der Menschen reflectirt, nach dem Exempel Mosis, die Ehescheidungen verstatten, und der Geschiedenen, wenn sie wieder heyrathen würde, die beneficia juris Civilis in republica, wie andern Unterthanen, verstatten könne.

Es hat auch III. die Theologische Facultät zu Frankfurt ganz kürzlich dieserwegen ein schönes Responsum aufgesetzet, alle die allhier etablirte Principia umständlich und aus der H. Schrift selbst bestättiget, insonderheit aber diese Thesin (daß nämlich der Herr Christus, wenn er sagt, daß derjenige, welcher eine Gescheidete freyet, einen Ehebruch begehe, blos von dem statu integritatis rede, worzu die Menschen in statu corruptionis nicht gezwungen werden könnten ꝛc.) sehr wohl behauptet: Die Worte lauten also:

„Und solches erkläret also auch unser Heiland selbsten zum deutlichsten, „wenn er ausdrücklich die zween status integritatis & corruptionis *Matth.* 9. „unterscheidet, und *v.* 8. saget: Im Anfang war es nicht also, (nämlich „daß sie sich scheiden mochten); was er aber durch den Anfang verstehe, „erkläret er bald selber *in vers.* 4. & 5. von dem Anfang da Gott Mann „und Weib erschaffen, und zusammen gefügt hat; also von der Zeit der „ursprünglichen Eheeinsetzung, so im Stande der Vollkommenheit geschehen: „Und wie nun also *in eo statu* die Scheidung nicht verstattet war, „also folgte daraus *in eodem statu* nothwendig, was *vers.* 9. stehet, daß bey„des der sich scheidet, und der die Gescheidete nimmt, einen Ehe„bruch begiengen. Hingegen aber *in vers.* 8. erkläret er, daß Moses „in statu corruptionis die Scheidung allerdings erlaubt hätte, welchen er

σκλη-

„σκληροκαρδίαν oder Härtigkeit des Herzens nennet, worunter nicht nur die „Juden, sondern auch, und zwar nach der Aussage Pauli, *Rom. I. v.* 21. „*& seq.* noch vielmehr die Heyden gesteckt, weil alle Heyden und Juden „durch den ersten Fall sub peccato beschlossen sind.

Rom. 3. *v.* 9. *& c.* 11. *v.* 32. *Gal.* 3. *v.* 22.

„Und dieses bekräftiget er noch weiter, und sehr nachdrücklich *in d. c.* 19. „*v.* 10. *&* 11. als seine Jünger eben dieses dagegen einwandten, daß sol„chergestalt die Ehe ein hartes Joch seyn würde. Denn darauf antwortet „er: Daß dieses Worts oder Geboths, welches er ihnen fürge„stellt, nicht jedermann fähig wäre, sondern alleine denen es ge„geben sey; woraus denn unsers Erachtens, ganz klar folget, daß „die, denen es nicht gegeben, darzu nicht gezwungen werden „sollen.

Es erhellet also IV. aus diesem Responso der Theologischen Facultät, daß der angeführte Spruch Christi gar nicht ad statum Civilem gehöre, mithin eine Obrigkeit dadurch nicht gehindert werde, dergleichen Heyrathen durch ritus externos zu bestättigen, und die effectus juris Civilis denenselben mitzutheilen.

Es ist aber ferner und V. wohl zu merken, daß dieses *Matth.* 19. enthaltene Verboth, gar nicht hieher gezogen werden könne: denn es spricht der Heiland von dem Casu, da jemand ohne Ursache sich von seiner Frauen scheidet, er saget, daß solches unrecht sey, und daß derjenige, welcher die Abgescheidete freyet, die Ehe breche: dieses ist wahr, weil die absque justa causa vorgenommene Scheidung, ipso jure null und nichtig ist, mithin diese im wirklichen Ehestande begriffene Frau keinen andern, absque adulterii nota, heyrathen kann.

Es ist aber ein ganz anders, wenn der Mann ex justa causa v. g. ob adulterium sich von der Frauen scheidet, mithin das vinculum dissolviret wird. In diesem Fall kann kein Ehebruch seyn, wenn jemand diese Geschiedete, utut adulteram, heyrathet. Und solches erhellet ganz offenbar aus denen Worten des Herrn Christi, denn er sagt ausdrücklich, daß derjenige, welcher sich von seinem Weibe wegen Hurerey scheidet, und eine andere freyet, die Ehe nicht breche, woraus denn nothwendig folget, daß auch derjenige, welcher eine solche Abgescheidete freyet, die Ehe nicht breche. Denn da ob praecedens adulterium, das vorige Matrimonium aufgehoben, mithin kein eheliches Band mehr respectu primi mariti vorhanden ist, und solchergestalt die in-

in dividua vitæ consuetudo in perpetuum cessiret, so kann auch von Seiten der adulteræ keine Ehe mehr concipirt werden.

Und ob schon VI. gesagt werden könnte, daß das Matrimonium von Seiten des unschuldigen Mannes zwar dissolvirt würde, aber in odium der Frauen, in seiner Consistenz bliebe ꝛc. So ist doch dieses assertum (1) nirgend gegründet: Es stehet auch (2) nicht in der heiligen Schrift, sondern es ist vielmehr (3) das Gegentheil ex ipsis verbis Salvatoris schon gezeiget: Zu dem so scheinet auch (4) eine Contradiction zu seyn, zu statuiren, daß das Matrimonium, welches in vinculo, in mutuo consortio &c. bestehet, von einer Seiten allein subsistiren könne. Und würde (5) allenfalls sothane ratio eine pœna, mithin sothane prohibitio ex mero Jure Civili seyn, wovon Princeps dispensiren kann.

Es haben dahero VII. die christlichen Kayser selbst nicht allein die divortia ob justas causas erlaubt,

Vid. supr. q. V.

Sondern sie haben auch demjenigen, welcher ex injusta causa divortiret, bloß eine Strafe gesetzet. Im übrigen aber demjenigen, welcher mit Unrecht seinen Ehegatten verläßt, die anderweitige Heyrath nicht verwehrt. Nam maritus injuria divortium faciens juxta legem Constantini dotem restituebat, *& si ad secunda vota properabat*, secundæ uxoris dos priori cedebat.

L. 7. C. Theod. de repud. Lynk. de Usu divort. Sect. 3. m. 3.

Ex constitutione Theodosii & Valentiniani uxor relinquebat & dotem & donationem propter nuptias marito innocenti, & *per quinquennium innupta manere debebat.*

L. 8. §. 4. & 5. C. Repud.

Welchen legem auch Justinianus *in Nov. 22. c. 15. §. 3.* bestättiget hat.

Es ist also VIII. dieses ein offenbares Merkmahl, daß der Spruch Christi nicht pro regula juris sey gehalten worden, und daß diese großen und christlichen Kayser nicht geglaubet haben, wider Christi Lehre, durch Etablirung sothaner Gesetze zu handeln. Es würden auch die damals lebende berühmte Patres dargegen gesprochen, und sothane Gesetze, wenn sie wider des HErrn Christi intention gewesen wären, auf deren abolition gedrungen haben.

Die oben angeführte Zweyte und Dritte ratio dubitandi ist meri juris Civilis, wovon der Princeps nach seinem Gefallen dispensiren kann.

Bey solchen Umständen, bin ich der vollkommenen Meynung, daß ein Princeps propitio jure die zweyte Ehe mit der Abgeschiedenen, wann sie schon eine adultera ist, wohl verstatten könne: Welches in diesem Fall, da das Crimen von beyden Theilen in ihrem minderjährigen Alter begangen ist, desto weniger Zweifel hat: Insonderheit, da sie beyderseits sich wohl aufführen und zusammen ein christliches Leben führen, anbey die begangene Sünden herzlich bereuen, der Mann auch wegen seiner besondern Erfahrung, die sonsten im Lande kein Mensch besitzet, einige Gnade verdienet. Wiewohl ich sonsten gerne bekenne, daß ein Landesherr, wegen der gefährlichen Folge, nicht allein solches nicht leicht verstatten, sondern vielmehr dergleichen Uebelthäter nach der rigeur bestrafen sollte. Ob aber die Kinder, welche aus diesem matrimonio gezeuget seyn, per subsequens matrimonium legitimirt werden können; ist eine andere Frage: Ich halte die Negativam in jure gegründet.

Vid. sup. L. I. tit. VI. q. XV.

Wiewohl einem Landesherrn freystehet, diesen Kindern per rescriptum jura legitimorum zu ertheilen.

dict. qu. XV.

LIB. XXIV. TIT. III.

SOLUTO MATRIMONIO QUEMADMODUM DOS PETATUR.

Qv. I. *An, filia emancipata mortua, pater dotem a se profectam repetere, an liberi illius filiae eam retinere possint?*

Laut. pag. 454. verb. si tertius propter dotem &c.

Pro patre militat dispositio & ratio *L. 6. pr. de Jur. dot. ne & filiae amissae & pecuniae damnum sentiret.* Add. *L.* 10. *pr. h. L.* 59. *eod. L.* 71. *de Evict. L.* 5. *de Divort. L.* 17. *ff. de SCt. Maced.*

At verius est, liberis cedere dotem; nam his expresse ea reservatur in *L. f. §.* 1. *Ut leg. nom. L.* 40. *h.* ubi tum demum pater dotem repetit, *si filia sine liberis decesserit.*

Ne-

Neque OBSTANT ante allegati textus, ubi ſimpliciter dicitur, quod pater dotem repetat.

RESP. Regula ibi eſt, quæ vero patitur exceptionem: ſi liberi exſtent: nam, mortua filia *ſine liberis*, omnino æquum eſt, ut pater recuperet dotem in ſolatium amiſſæ filiæ, *d. L.* 6. ſed ſi *relictis liberis* decedit, non videtur pater amiſiſſe filiam, utpote quæ per nepotes vivit, nec in pecunia ſolatium quærere opus habet, cum liberi magis ei ſolatio eſſe poſſint: inprimis cum hæc unica ſit aſcendentium cura, proſpicere ſuis deſcendentibus; accedit quod magis faveri debeat liberis, qui matrem amiſerunt, adeoque quorum amiſſio, quia major eſt, majori quoque ſolatio opus habet. Confer. omnino *Fach. L.* 3. *q.* 71.

Aliud eſt (1) ſi filia ſit ſua; tunc enim pater repetit dotem, etſi filii exſtent. *L.* 11. §. 2. *de Pact. dot. L.* 5. *de Divort.* Atque hinc hodie, ubi differentia inter filiam emancipatam & ſuam ceſſat, & ubi omnis filia per nuptias emancipatur, pater repetere dotem a ſe profectam ſemper poteſt.

Aliud quoque eſt (2) ſi filia emancipata non ſit mortua in matrimonio, ſed vel per divortium, vel per mortem mariti, vel per deportationem conjugium ſolvatur: tunc enim ipſa uxor ejusque liberi vindicant dotem, *L.* 22. §. 5. *h. L.* 10. §. 11. *&* *L.* 4. *C. de Rei ux. act.*

QU. II. *Quomodo dividantur fructus ultimi anni, quo ſolvitur matrimonium?*

RESP. Dividuntur pro rata temporis, quo ſtetit matrimonium: non enim maritus aliter acquirit fructus dotis, niſi pro oneribus matrimonii, *L. L.* 6. *ſq. h.*

Atque hinc apparet ſenſus *Legis* 7. §. 1. *ff. h.* quæ alias crux JCtorum dicitur, & cujus caſus hic eſt. Kalendis Octobris, adeoque pridie vindemiarum, fundus marito in dotem datur, perceptis vindemiis, adeoque Kalendis Novembris locat fundum, & tribus abhinc menſibus, ſcil. in fine Januarii, divortium ſit, adeo ut matrimonium quatuor, locatio vero tribus menſibus ſteterit.

Duo hic dubia ſuboriuntur: (1) an maritus totam vindemiam lucretur? (nam hoc quidam ſtatuere videbantur, qui putabant, maritum fructus vindemiæ perceptione ſuos feciſſe, *d. L.* 7. §. 9. uti apparet tum ex ratione Papiniani, *d. L.* 7. §. 1. verb. *alioquin &c. fructus integros retinebit*, tum ex *d. L.* 7. §. 9. ubi refutatur illa ratio dubitandi, & aſſeritur, quod fructuum ratio non

 ex

ex eo tempore, quo percipiuntur, sed quo curantur, accipi debeat.) Et bene respondet Papinianus *d. L.* 7. §. 1. *Divortio facto, fructus dividi. non ex die locationis, sed habita ratione praecedentis temporis.* Idque duobus argumentis confirmat JCtus: (α) quia iniquissimum esset, si maritus totam vindemiam, & præterea adhuc quartam partem mercedis (nam tribus mensibus locatio stetit), ex locatione retinere posset: nam parum ita acciperet uxor ex reditibus ultimi anni, nec ulla proportio foret inter fructus & matrimonii onera, utpote quæ maritus tantum quatuor mensibus sustinuit; quin revera duplicem fructum maritus ex uno anno acciperet, quia merces illa etiam pro spe vindemiæ futuræ solvitur, ibi: *Neque enim si vindemiae tempore fundus in dotem datus sit, eumque vir ex Calendis Novembribus primis fruendum locaverit, mensis Januarii suprema die facto divortio, retinere virum & vindemiae fructus & ejus anni, quo divortium factum est, quartam partem mercedis, aequum est.* (β) Sequeretur hoc absurdum, quod, si intra primum mensem matrimonii vindemiam maritus perceperit, & tum matrimonium solvatur, totam illam vindemiam, actu quippe perceptam, retinere posset, quo ipso efficeretur, ut totam fere fundi utilitatem maritus acquirat, cum nullum fere onus matrimonii, nisi per unum mensem sustinuerit, ibi: *alioquin, si coactis vindemiis, altera die divortium intercedat, fructus integros retinebit.*

Alterum dubium (2) in eo consistit, quomodo fructus vindemiæ & merces dividi debeant, & quænam proportio hic obtineat? Admodum obscure hic loquitur JCtus, scil. *vindemiae fructus & quarta portio mercedis instantis anni confundi debebunt, ut ex ea pecunia tertia portio viro relinquatur.* Doctores communiter putant, *confundi* hic idem esse, quod *misceri*, *conjungi &c.* ita, ut ex ea vindemia juncta cum quarta parte mercedis, tertia portio viro relinquenda sit, *Goth. ad d. L.* 7. quæ sententia uti proportione, ita & ratione carere videtur. Verius est, vindemiam hic *confundi* cum quarta parte mercedis, i. e. *absorberi*, *exstingui*, & ita *misceri*, ut amplius seorsim non existat, sed quasi sub quarta parte mercedis comprehendatur; (nam hoc sensu confundi servitutes, actiones, &c. dicuntur), & tum ex *ea pecunia*, i. e. ex totius anni mercede, tertia portio viro est relinquenda, & tres partes pro mensibus locationis, *una* pro vindemia, quæ absorpta est, computatur; vocem autem *pecuniae* de mercede totius anni intelligendam esse, clare evincitur ex *d. L.* 7. §. 2. ubi casus plane inversus recensetur: ibi enim post vindemiam perceptam fundus in dotem datur, Calendis scil. Novembribus, quatuor mensibus elapsis, i. e. Calendis Martiis, maritus locat fundum & Calendis Aprilibus solvitur matrimonium: ibi ergo per *unum* mensem stetit locatio, per *quinque* vero matrimonium, & dicitur, quod maritus NB. ex illa pensione *non tantum partem duodecimam, sed pro modo temporis omnium mensium, quo dotale praedium fuit, portionem retinere possit.*

Qv. III.

Qv. III. *Si culpa uxoris solutum sit matrimonium, an maritus lucretur dotem?*

AFFIRMATUR. *L.* 8. §. 5. *C. de Repud. Nov.* 117. *c.* 8. §. 2. nisi liberi ex communi matrimonio exstent, tunc enim his dos cedit. *dd. LL.* *Laut. pag.* 455. verb. (2) *Si culpa &c.*

OBJ. *Nov.* 134. *c.* 10. *vers. adulteram*, ubi bona uxoris partim monasterio, partim liberis cedunt.

RESP. Loquitur Novella de reliquis uxoris bonis præter dotem, & quæ ex dotali instrumento debentur: adeoque de iis, in quorum partem liberi & parentes, si essent, succederent: in his maritus stante matrimonio nullum jus habet, adeoque nec eo soluto.

LIB. XXV. TIT. I.

DE

IMPENSIS, IN REM DOTALEM FACTIS.

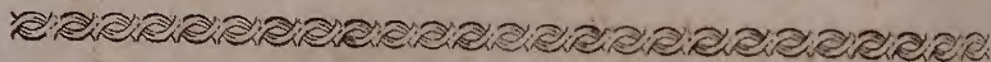
Qv. *An impensae utiles, in rem dotalem factae, cum dote compensari possint?*

AFFIRMATUR, *arg. L. f. C. de Comp. L.* 7. §. *Sol. matr. L.* 15. §. 1. *de Compens.* *Laut. pag.* 456. verb. *ratione impensarum.*

OBJ. *L. un.* §. 5. *C. de Rei ux. act.* ibi: *Sed nec retentio ob impensas in res dotis factas nobis satis videtur esse idonea;* proinde retentio hic non conceditur, nisi ratione expensarum necessariarum. Quidam distingunt inter retentionem & compensationem; illam ideo fieri non posse, quia odiosa est, quandoquidem maritus sibi ipsi jus dicere videtur. Sed loquitur textus etiam de compensatione: nam de impensis loquitur, quæ ipso jure minuunt dotem, adeoque innuit compensationem, nuda enim retentio non minuit ipso jure dotum.

Rectius ergo dicendum, Imperatorem hic mutasse jura antiqua, quæ etiam ob utiles expensas compensationem admittebant; voluit nimirum Justinia

nianus restitui dotem uxori, ne prætextu utilium impensarum in perpetuum sua careat dote.



LIB. XXV. TIT. II.

DE

ACTIONE RERUM AMOTARUM.

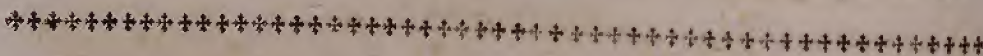
Qv. *An actio rerum amotarum detur contra hæredes in solidum, an saltem, quatenus pervenit?*

Laut. pag. 458. verb. *atque adversus &c.*

RESP. Datur tantum, quatenus pervenit: (1) quia est ex delicto prætoria, quæ nunquam datur contra hæredes in solidum, *L.* 4. §. *f. junct. L.* 7. *de Alienat jud.* (2) *Per text. expr. in L.* 3. *C. h.* ibi: *non in solidum, sed quantum ad ipsos* (successores) *pervenit.*

OBJ. *L.* 6. §. 4. *ff. h.* ubi hæres mulieris ex causa hac tenetur, sicut condictionis nomine ex causa furtiva: at Condictionis furtivæ nomine hæres tenetur in solidum.

RESP. Conveniunt præstatione, de qua sola in *d. L.* 6. agitur, non duratione. Hæres ergo non tenetur in solidum, nec hactenus durat obligatio, sed tantum quatenus pervenit, & hactenus quanti plurimi tenetur; atque hinc ei tribuitur præstatio condictionis furtivæ, cui id proprium est.



LIB. XXV. TIT. III.

DE

AGNOSCENDIS ET ALENDIS LIBERIS, VEL PARENTIBUS, VEL PATRONIS, VEL LIBERTIS.

Qv. I. *An pater teneatur alere filium statim, ex quo natus est?*

Laut. pag. 458. verb. *quamprimum filius &c.*

AFFIRMATUR; quia est pars educationis, quæ statim incipit a momento nativitatis, *pr. Inst. de J. N. G. & C. l.* 1. §. 3. *de Just. & Jur.*

OBJ. *L.* 9. *C. de Patr. pot.* ubi majori trimo demum alimenta decernuntur.

RESP.

RESP. Alimenta, quæ in cibo & potu conſiſtunt, intra triennium pater non præſtat, quia mater tamdiu ei lac præbere ſolet; at reliqua neceſſaria, quæ ad alituram pertinent, pater omnino præſtare tenetur. *Dn. Berger. Reſol. h.*

QV. II. *An pater liberos quoque naturales alere teneatur?*

AFFIRMATUR, *Auth. Licet. C. de Nat. lib.* idque ex eadem ratione, quam ante allegavi: etſi pater (1) probet, ſe invitatum ad ſtuprum fuiſſe, *Brunnem. J. Eccl. L. 3. c. 5. §. 9.* (2) Etſi partus ex damnato coitu natus ſit, *Carpz. Jurispr. Conſ. L. 2. tit. 14. def. 242. n. 5.* (3) Etſi mater jam ante ſtuprata fuerit. *Carpz. Prax. crim. p. 2. q. 68. n. 11.* (4) Licet quoque partus ſit adulterinus, *Carpz. d. qu. 68. n. 122.* *Laut. pag. 458. verb. naturales & legitimos &c.*

Si contumax ſit ſtuprator, partus immittitur in ejus bona, *Carpz. Jurisp. Conſ. L. 2. t. 14. d. 130. & 243.* Quod etiam verum eſt, ſi de ſtupro accuſatus fugiat, vel prætextu militiæ, ſtudiorum aut peregrinationis in alium ſe transferat locum, *Stryk. ad Brunn. J. Eccl. L. 2. c. 18. n. 28. per l. 3. §. 7. ff. de milit. L. 7. §. 2. ff. Suſp. tut.* Et tum curator abſentis neceſſaria partui ſubminiſtrat. *Brunn. L. 3. dec. 38.*

Si ſtuprator vel contumax, vel fugitivus ipſe bona non habeat, uſu receptum eſt, ut pater ejus alimenta partui præſtet in ſubſidium, *vid. L. 5. §. 2. & 9. ff. h. t. Carpz. J. Conſ. p. 2. tit. 14. def. 243. Coler. de alim. L. 1. c. 8. n. 12. Stryk. U. M. h. §. 3. Id. ad Tit. L. Jul. de adult. §. 24. Id. ad Brunn. J. Eccl. L. 2. c. 18. §. 28.* modo conſtet, partum filii eſſe, quod ex fuga ejus præſumitur. *Brunn. cent. 3. dec. 35. n. 3.* Deficiente patre avus & avia paterna in ſubſidium alere tenentur. *arg. l. 5. §. 2. & 9. Agn. lib.* His deficientibus mater & materni aſcendentes in officium alendi ſuccedunt. *d. l. 5. §. 2. Surd. dec. L. 2. §. 8. def. 3. Stryk. U. M. h. l. §. 5. Col. de alim. L. 1. c. 8. n. 4. Carpz. p. 2. c. 10. def. 20.* Atque ita contra matrem pronunciatum eſt in Supr. appell. jud. Berol. Menſ. Jun. 1723. in cauſa **der Wittwen Kottenkampf** contra S. **Marien Moſerin.**

Stuprator, qui fatetur ſtuprum, at negat, ſe patrem filii eſſe, nihilominus alimenta partui præſtat; quia præſumtio eſt contra eum, quod pater ſit, donec, alios cum ea rem habuiſſe, probetur, *Carpz. Jur. Conſ. L. 2. tit. 14. def. 232.* Eadem quoque præſtandorum alimentorum neceſſitas eſt, etſi ſtuprator ſit egenus, & quotidianis laboribus victum quærere teneatur, quicquid diſſentiat *Carpz. J. For. p. 4. c. 27. def. 11. & Prax. Crim. p.*

2.

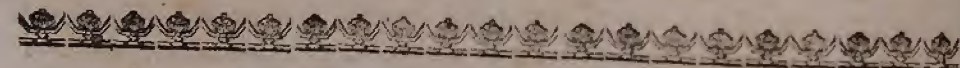
2. *q.* 68. *n.* 127. qui ad impoſſibilia neminem teneri ait, verum ſi alere partum, indeque dotare ſtupratam non poteſt, ducere eam debet. Alere ſtuprator quoque partum tenetur, etſi ſtuprata delatum ſibi juramentum, quod cum nemine alio rem habuerit, præſtare noluerit, niſi juſta cauſa ſit de levitate ſtupratæ ſuſpicandi, ejusque vita ante acta ſuſpecta ſit, *Carpz. J. Conſ. L.* 2. *tit.* 14. *def.* 239. talis cauſa autem non eſt, quod ſemel jam ſtuprata ab alio fuerit; nam inde non ſtatim promiſcuus concubitus infertur.

In cauſa hac alimentorum nec appellatio, nec ullum aliud remedium, niſi quoad ſolum effectum devolutivum admittitur. Vid. *Stryk. ad Brunn. J. Eccl. L.* 2. *c.* 19. §. 28.

Not. Voce alimentorum continentur omnia, quæ ad ſuſtentationem partus & matris requiruntur, *L.* 1. §. 19. *ff. de ventr. in poſſ. mitt. L.* 5. §. 12. *ff. h. t. L.* 43. *L* 44. *de V. S.* adeoque & miniſtræ, *L.* 4. §. 1. *de Ventr. in poſſ.* Eoque pertinent die Gerichtskoſten, ſi ratione partus proceſſus geritur, *L.* 5. §. *f. de Ventr. in poſſ.*

Quid ſi intra triennium, quo partus lactari ſolet, moriatur?

Resp. Tunc proprie alimenta non decernuntur, ſed quia obſtetrix ſuum rogat præmium, quia in baptismum quædam impendenda, quia mater habitavit cum partu, quia mater, dum alit partum, victum quærere vix poteſt &c. certa quædam ſumma ex officio prorata determinari ſolet. *Carpz. Prax. Crim. p.* 2. *q.* 68. *n.* 106. *Stryk. de Act. for.* 1. *Sect.* 1. *m.* 1. §. 7.



LIB. XXV. TIT. IV. V. VI.

DE

INSPICIENDO VENTRE, CUSTODIENDOQUE PARTU ETC.

Qu. *Quando cuſtodiri venter debeat, & an ejus rei hodie adhuc ſit uſus?*

Resp. Cuſtodiri partus debet, quando disjunctis per divortium conjugibus fœmina ſe gravidam profitetur, maritus vero negat, vel quando defuncto marito ea lis vertitur inter uxorem defuncti, & hujus hæredes ab inteſta-

to, *L.* 10. *de Ventr. insp.* Hoc casu enim præsumtio, quæ ex justis nuptiis oritur, cessat, & uxor in odium vel mariti, vel successorum uterum fingere potest, ut taceam commodum, quod ex suppositione filii in uxorem redundare potest. Hinc omnino & mariti, & successorum interest, ut venter custodiatur, quod sub his solennitatibus fieri solet: (1) bis in mense eis, quorum interest, status uxoris denunciari debet; (2) quinque mittuntur mulieres; (3) simul inspiciunt; (4) sequestrata parere debet; (5) 30 dies ante partum denuntiat, ut custodes mittantur; (6) partum edere debet in conclavi, quod unum aditum habet, si plures sint aditus, reliqui præcludendi sunt; (7) ostium & progressus mulieris custodiri, & (8) nulla custodum prægnans esse debet; (9) tria lumina in conclavi requiruntur, *d. L.* 1. §. 10. Atque his solennitatibus neglectis, Prætor bonorum possessionem negat.

Equidem hodie inter privatos has solennitates cessare ait *B. Stryk. de J. sens. D.* 1. *c.* 11. *n.* 44. Verum si maritus vel hæredes in casibus supra recensitis ad has solennitates provocent; non video, qui negari eis hoc beneficium Juris possit. Sane inter nobiles frequens esse hoc remedium de custodiendo partu, si metus est, ne vel alienus partus supponatur, vel fœmina spe bonorum gravida fiat alieno concubitu, *Hahn. ad Wes. h. t. n.* 1. *Rhetz. de Occult. c.* 2. *n.* 15. *Struv. Ex.* 30. *th.* 18. *Stryk. de Salut. publ. c.* 3. *n.* 26. tradunt.

In regnis plerumque certæ solennitates definitæ sunt, quibus omissis partus, licet parentes eum legitimum afferant, pro regio non est habendus, indeque nec succedit; quia, uti bene ait *Grot. de Jur. Bell. & Pac. L.* 2. *c.* 7. §. 26. non natus est secundum patriæ leges. Ratio autem differentiæ inter privatas hæreditates & regnorum successionem in eo consistit, quod nemo facile tam nefarium crimen subiturus ob spem exigui lucri, imprimis cum ipsa uxor in hæreditate concurrat, & plerisque locis largissime ei prospectum sit. Verum alia plane ratio in regnis, ibi enim jam regina & aliis imperare solita, mox subdita & alieno imperio subjecta erit: nihil autem gravius est assueta semel sceptra deserere. Ita Mæsa quodvis potius periculum subire constituit, quam privatam colere vitam atque abjectam, *Herod. L.* 5. *p. m.* 155. Sic Polynices apud *Sen. phœnis. in f.*

pro regno velim
patriam, penates, conjugem flammis dare.

& eadem *verf.* 650.

eſt tanti mihi cum regibus jacere,

& cum apud mares tanta ſit aviditas, quæ ad ultimum ſæpe nefas hominem impellit, uti *Curt. L.* 6. *c.* 9. loquitur, & quæ eo adegit Eteoclem, ut diceret apud *Euripid. in phœniſſ. v.* 506. *aſtra aſcenderem, ſolis ad ortum & ſub terram, ſi poſſem efficere hoc, ut haberem regnum Deorum maximum*, quæ non erit apud fœminas, quarum avaritia & effrenis & immoderatior eſſe ſolet.

Graviſſimus proinde hic ſubeſt metus, ne ſpe prolis deficiente alienus partus ſupponatur; ne illa ſpe regni ſimul excideret, unde magna incommoda oriri poſſent: nam (1) magnum fieret præjudicium agnatis qui ſpe ſuccedendi defraudarentur, & cum jam ipſos ordo ſucceſſionis tangere deberet, forte in æternum vel ſaltem ad longum tempus excluderentur; (2) Magis intereſſet ipſius populi, utpote cui obtruderetur Rex ex aliena familia, & proinde tanto longiori tempore hæreret in ea familia cum priori familia emortua ſtatim rediret. Sed & (3) cum furta in privatis improbentur, ſeveriſſime nedum in Imperiis, quæ ſunt res ſanctiſſima & ipſius Summi Numinis conſtitutio, damnanda erunt.

Hinc videmus, Reginas, in quibus vel propter ætatem, vel ob aliam cauſam ſuſpicio fuit, & metus eſſe pôtuit, ne partum ſupponant, religioſe ſolennitates obſervaſſe: etſi tales leges fundamentales non exſtarent. De Maria, Jacobi uxore, vid. *Becm. Conſp. moral. p.* 45. *Gomeſ. in vit. Jacob. t.* 3. *Rer. Hiſp. f.* 394. De Conſtantia, jam vetula, *Helm. L.* 5. *c.* 2. *ſtad. p.* 437. *Fazell.* 2. *decad. rer. Sicul.* 8. *c.* 1. hiſtoriam exhibet *Goth. ad L.* 1. §. 10. *de Ventr. Inſp.* Alia exempla affert *Tac. L.* 3. *annal. c.* 22. *Lynk. de part. ſuppoſ. th.* 2. *Petr. Crod. rer. Jud. L.* 9. *t.* 1. *c.* 8. *f.* 458.

Tales autem leges fundamentales exſtant in Gallia, Vid. *L'etat de France, f.* 55. ubi ait autor: *comme les princes du ſang ont intereſt à la ſucceſſion, quand les reines accouchent, ils entrent par une prérogative ſpeciale dans la chambre, de peur qu'on ne ſuppoſe un enfant.* Idem de Anglia teſtatur autor **der Neugeharniſchten Engell.** f. 919. ubi ſucceſſoribus denunciatur tempus pariendi, ut videant Reginam in ejus conclavi parientem.

Atque

Atque ex his principiis Dn. Parens Principem prætenſum de Wallis, Jacobi filium, excludit a ſucceſſione regni, in *Diſſert. de Curioſitate legali proficua*, ubi ita ait: *Et quis negaret, partum, in regia domo absque his cautelis editum, eoque ſaltem incertum, aeque ac ſpurium ſucceſſionis omni Jure Naturali & Civili prorſus incapacem eſſe? inprimis cum momento illo naſcitur, quo naſci eum, fruſtrata, diuturno ſatis tempore, exſpectatio & plurimorum annorum experientia, vel uxorem ſterilem, vel maritum impotentem oſtenderat, imo omittendi prædictas cautelas ſtudium, tunc cum naſci debuit, non tam ſuſpicionem fraudis auxerat, quam fraudem probaverat.*

LIB. XXV. TIT. VII.

DE CONCUBINIS.

QV. I. *Quomodo differat concubina ab uxore?*

RESP. Uxor accipitur ut materfam. in domum ac partem familiæ, omnis vitæ & divini humanique juris conſors, *L.* 1. *ff. de R. N.* at concubina tantum, ut libidinis vel miniſtra, vel remedium. *Cap.* 6. *Cauſ.* 32. *q.* 2.

Hinc (1) concubinatus, etſi Legibus ſit impunis, non tamen pro legitima conjunctione & vinculo habetur, unde nec jura conjugii inde naſcuntur, nec obligatio, *Dn. Par. in Diſp. ad L. Morg. Sect.* 4. §. 2. (2) Uxor & concubina non dignitate tantum differunt, neque id dicitur in *L.* 49. §. 4. *de Leg.* 3. ſed ipſa juris forma, *c.* 12. *d. q.* 2. nam matrimonium eſt vinculum legitimum, concubinatus eſt illegitimum, ex illo ſolo naſcitur obligatio cohabitandi, *L.* 1. *ff. de Concub.* & competunt conjugii jura ac beneficia, ex hoc nulla. *dict. Sect.* §. 2. (3) Sunt tamen quædam jura, quæ etiam in concubina locum habent: adulterium enim in eam committi poteſt; *L.* 13. *pr. de Adult.* Liberi inde nati ſuccedunt in ſextantem, deficientibus liberis legitimis, *Nov.* 18. *c.* 5. *dict. Diſp.* §. 5. (4) Utrique parti liberum eſt pro lubitu deſerere cohabitationem, adeo, ut liberta quoque a ſuo patrono, cujus concubina fuit, eo invito diſcedere potuerit, *L.* 1. *pr. ff. de Concub.* Idque verum, etſi, animo ſemper cohabitandi initus ſit concubinatus, quia nullum ibi eſt juris vinculum. *d. Diſp.* §. 6. (5) Concubinatus temporarius Jure Civili quoque illicitus eſt, & pro fornicatione habetur. Idemque eſt, cum quis plures una concubinas duxerit. *dict. Diſp.* §. 3.

De hac materia concubinatus, de triplici concubinarum specie, an liberi sequantur conditionem matris nobilis, & quomodo concubina differat ab uxore, ad legem Morganaticam ducta &c. *Vide late dict. Disp. Sect.* 4. *&* 5.

Qv. II. *An concubinatus sit licitus?*

De JURE NATURÆ valde disputatur: an concubinam habere liceat? Nec video, quid obstet. Grotius *L.* 1. *c.* 2. §. 6. *n.* 2. *& L.* 2. *c.* 20. §. 42. refert concubinatum inter ea, de quibus honestius est abstinere, sed ubi nullum nefas apparet: Sane Naturali Jure unusquisque de suo jure cohabitandi ad tempus quoque disponere potest, & prout partes disponunt, ita jus est; nec incerta proles inde redditur: quia cum uno solo concubina cohabitat; nec educatio impeditur, quia & pater, & mater, certi sunt, quibus officium educationis incumbit.

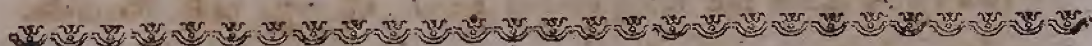
JURE CIVILI concubitus *temporarius* illicitus est, & magis pro fornicatione habetur, *Nov.* 18. *c.* 5. *N.* 89. *c.* 12. §. 5. Unde hinc nati nullum plane jus successionis, & ne naturalium quidem liberorum jura habent, sed mere spurii sunt. *Disp. Du. Par. de Leg. Morgan. Sect.* 4. §. 3. Idque etiam Juri divino & Juri Canonico conveniens est, *c.* 5. *caus.* 16. *q.* 2. Secus ergo, si mutuus & *perpetuus* invicem non deserendi animus; talis enim conjunctio licita est, *L.* 5. *C. ad SC. Orph.* ibi: *licita consuetudo, tot. tit. ff. & C. de Concub. Nov.* 18. *c.* 5. *Nov.* 89. *c.* 12. §. 4. etiam Jure Canonico, *c.* 4. *c.* 5. *dist.* 34. *c.* 12. *caus.* 32. *q.* 2. Unde & talis concubinarius a communione repelli non debet, uti id in concilio Toletano primo ita statutum esse ait *Grot. L.* 2. *c.* 5. §. 15. *num.* 2. Quia talis concubina adulterium committere potest, *L.* 13. *pr. ff. Ad L. Jul. de Adult.* liberi naturales aliquando succedunt, *dict. Nov.* &c.

An vero pro lubitu discedere ab hoc concubinatu perpetuo liceat, quæritur? Equidem Jure Civili cuique parti liberum esse, deserere cohabitationem, patet ex *L.* 1. *pr. ff. de Concub.* nullum enim juris vinculum, nullaque obligatio ad cohabitandum, sed quædam quasi precaria tantum cohabitatio illo Jure fuit *dict. Disp. Sect.* 4. §. 6. Sed Jure Canonico videtur ad mortem usque perseverare debere, *c.* 5. *c.* 6. *caus.* 31. *q.* 2. Huc referunt Jacobi consuetudinem cum duabus ancillis, Abrahami cum Hagare. *dict. Disp. Sect.* 4. §. 9. *& Sect. ult.* §. 10.

Nec dici potest, ratum ac verum tum subesse conjugium, ut putat *Grot. L.* 2. *c.* 5. §. 16. Nam vir non affectu maritali, nec animo uxoris, sed concubinæ habendæ sibi fœminam jungit. Neque vero sufficit ad matrimonii constitutionem, quod partes recedere ab in-

invicem nequeant, nam id fieri poteſt pacto, lege, moribus &c. etſi non ſit matrimonium: ad hoc enim amplius inprimis requiritur, ut mulier non ut mancipium ſaltem libidinis, ſed ut ſocia familiæ juriumque, atque ut materfamilias aſſumatur: id quod deſtinatione animi æſtimatur atque diſcernitur, *per L. pen. ff. de Concub. dict. Diſp. S.* 4. §. 8. *Vid. quaeſt. praeced.* Atque hinc eſt, quod liberi ex tali perpetuo concubinatu nati legitimi non ſint, quod nec patrem habere intelligantur, nedum ejus arma, titulum, inſignia: nec denique jura ſucceſſionum, agnationum &c. ſibi vindicare poſſint, *dict. Diſp. S.* 4. §. 11. ubi id legibus & exemplis probatur. Quin nec maternam nobilitatem conſequuntur, *ibid.* §. 13.

Notandum hic eſt (1) illas conjunctiones inter ancillam & ſervum, inter hominem liberum & ancillam, inter civem & peregrinam, inter libertam & ſenatorem, non eſſe concubinatus, ſed vera matrimonia, quibus ſaltem quidam effectus Juris Civilis adimuntur. Vid. *Grot. L.* 2. *c.* 5. §. 15. (2) Vera quoque eſſe conjugia ſi pactione liberi excludantur ab hæreditate, *Grot. L.* 2. *c.* 7. §. 8. *n.* 3. quale eſt conjugium Abrahami cum Kethura, *d. Diſp. Sect.* 10. §. 1. *ſeq.* tale quoque eſt conjugium, ex lege Morganatica ſeu Salica contractum, ubi requiritur, ut maritus illuſtris fœminam dignitate inferiorem ob probabilem cauſam ea lege in uxorem ducat, ne uxor & nati ex eo conjugio liberi ſuccedant, ſed certis rebus contenti ſint, 2. *Feud.* 29. *dict. Diſp. Sect.* 5. *per tot.* ubi demonſtrat naturæ hujusmodi pacta contrariari, & non niſi ob utilitatem publicam introduci poſſe.



LIB. XXVI. TIT. I.

DE TUTELIS.

Qv. I. *An verba hujus definitionis*: In capite libero, *ad pupillum, an ad tutorem referri debeant*?

Resp. Ad pupillum. Eoque inprimis diſtinguitur a cura, quæ non eſt jus in *Capite* ſeu perſona, ſed in *bonis*, idque ex veteri formula, *poteſtas in agnatis &c.* *Laut. pag.* 459. *verb. in capite libero.*

Caput liberum ergo hic eſt paterfamilias, non liber homo, nam inepte adderetur ad excludendum ſervum, quem nullius juris capacem eſſe conſtat, & alias verba in omnibus juribus & negotiis deſcribendis addi deberent, quæ omnia

omnia ſunt in capitibus liberis, non in ſervis, ut Uſusfructus &c. Et cum caput non dicatur, niſi de homine libero, §. 4. *de Cap. Min.* fruſtra adjiceretur liberum. Intelligitur ergo Caput ſui juris, quale ſemper eſſe debet pupillus, non tutor: & illum ſimpliciter caput liberum dicit *Gell. l.* 5. *c.* 9.

Qv. II. *Quinam dicantur honorarii tutores?*

Laut. pag. 459. verb. *honorarius &c.*

Autor putat, honorarios eſſe, qui honoris ergo conſtituti ſunt, non ut adminiſtrent, ſed ut quaſi inſpectores ſint reliquorum. Verum tales tutores nec ſolent conſtitui, nec tutor tutori conſtituitur, ut ipſum obſervet, ſed ſemper pupillo ad gerendum. Ita ergo dicendum quando plures dati ſunt in teſtamento tutores, omnes dati ſunt pupillo ad gerendum, omnesque ipſo jure ad id tenentur; ſed quia noxium videri poterat pupillo per plures idem geri, hinc ſolet uni committi geſtio, & tum reliqui dicuntur honorarii, *d. L.* 3. §. 1. *de Adm. tut. Nov.* 118. *c.* 5. *in f.* qui tum cæteros obſervare debent, & eorum quoque periculum eſt.

Qv. III. *An tutela ſit origine Juris Naturalis?*

Diſſent. Laut. pag. 459. verb. *eſt autem origine.*

Negatur: eſt tota Juris Civilis, §. 4. *h.* Naturalis tutela patris eſt, qua deficiente ſuccedit cura magiſtratus; qui ſtatuit ex uſu reipublicæ: natura autem civis in civem jus non habet, nec ei obligatur ad onus.

Insto: Pupillus ſine tutela educari nequit, eſt ergo juris Naturalis.

Resp. Poteſt omnino eſſe ſine tutela, at non ſine omni cura: uti nec reſpublica ſine cura ſubſiſtere poteſt, & tamen, quod Princeps ſtatuit, ex uſu reipublicæ, civile eſt; cum natura non ſit definitum, uti nec cura pupilli. Hinc magiſtratui ſine tutela orphanotrophium facere, vel aliquem interim dominum bonorum ſub onere alendi, ut in Anglia. *Buch. Sect.* 16. *Wiſ. Diſp.* 50. §. 1. & olim Jure Saxonico, **Landrecht**, *L.* 2. *art.* 58. conſtituere poteſt.

Late hanc quæſtionem expoſuit Illuſtriſſimus ſupremus Aulæ noſtræ Mareſchallus, Dn. Ludovicus de Printzen, qui poſtquam ex §. 1. *Inſt. & L.* 1. *ff. h.* definivit, tutelam eſſe vim ac poteſtatem, *Jure Civili datam, ac permiſſam*, ita diſſerit, in *Diſp. de Tutel. illuſtrium Sect.* 1. Ex ipſa definitione patet tutelam non tantum quoad formam ſuam; ſed & quoad originem eſſe meri Juris poſitivi, ſeu arbitrarii.

Gene-

Generalis enim Juris Naturæ regula eſt: neminem hominem alteri eſſe ſubjectum, neminemque habere facultatem & poteſtatem Jure Naturæ in alium, niſi vel ex jure imperii, (quod parum accurate diſtincteque quidam dominium eminens vocant), vel ex ſocietate domeſtica; unde omnino ſequitur, tutorem quoque Jure Naturali nullum prorſus in pupillum, qui eſt extraneus, & ejus imperio nullo modo ſubjectus, habere facultatem. Neque obſtat, quod in §. *p. L. de Atil. tut.* dicatur: *Naturali Juri conveniens eſt, ut is, qui perfectae aetatis non ſit, alterius tutela regatur.* Etſi enim Juris Naturalis in genere ſit, pupillum alterius conſilio regi, non tamen inde ſequitur, definitum eo jure eſſe, per quem patre mortuo regi debeat, idque fieri debere per tutelam, quia civis educatio alteri civi committitur; ſed & aliud eſt, an quid dicatur Juri Naturæ conveniens, aliud an ex Jure Naturæ originem ſuam ducat. Neque enim per Jus Naturale ibi Imperator aliud quid intelligit, quam æquitatem naturalem, cui, ſicuti ipſæ leges civiles reliquæ, ita & hæc, quæ de tutelis agit, quam convenientiſſima eſſe debet, ſicut hoc ipſum, quod in *d.* §. *p.* dicitur, Jus Naturæ, in *L.* 1. *ff. de Min.* vocatur æquitas naturalis. Hinc etiam indefinite in §. 1. *Inſt. de Tut.* dicitur, tutelam eſſe Juris Civilis tantum.

Natura equidem conſtitutos ad id eſſe parentes, ut curam impuberum, qui ab ipſis geniti ſunt, gerant, per plurimas rationes probari poteſt. Et luculenter ſatis id apparet ex inſtinctibus illis, quos non tantum hominibus, ſed ipſis brutis a natura ad alendam educandamque prolem ſuam inditos videmus; unde & Euripides in Dyctie tragœdia, hanc unam omnium legem eſſe ait, quæ & hominibus inter ſe & cum cæteris animantibus communis ſit. Et liberorum educationem Juris Naturalis, quod natura omnia animalia docuit, eſſe, tum JCtus in *L.* 1. §. 3. *de Juſt. & Jur.* tum Impp. paſſim tradunt in *pr. I. de J. N. G. & Civ. L. f.* §. 5. *C. de Bonis, quae lib.* & in *L. un.* §. 5. *verſ. ſileat. C. de Rei uxor act.* ubi hoc ipſum vocant naturalem ſtimulum. Neque alias obſcura eſt ea naturæ ac Creatoris intentio, qui id egit, voluitque, ut animalium inprimis ſpecies conſervarentur & quaſi æternarent propagatione, quod fieri nequit, niſi ſpecies producta aliam ſpeciem porro propagare poſſit. Cum itaque id homo non poſſit, cum editur, ſed cum pubeſcit, conſtat durare hunc actum gignentium, quo ſpeciem ſimilem propagaturi ſunt, usque ad pubertatem, nec ante conſummatum prorſus videri hoc propagationis quaſi negotium, ſed quodammodo imperfectum. Adeo itaque gignentium officio cohæret geniti usque ad pubertatem educatio, ut hæc ipſius generationis continuatio, & quaſi quædam ejus τελείωσις videatur. Quod autem diviſa ſint hujus actus ſeu propagationis tempora, &, ex quo homo ita organis eſt inſtructus, ut ſeorſim vitam age-

re

re poſſit, ſeparetur a parente, quodque reliquum eſt propagationis, extra uterum perficiatur, id plurima quidem naturæ providentia factum apparet, quo partus facilius & majore cum ſuo, tum gignentium commodo, creſcere, ipſæ interim propagationes multiplicari; & homo editus ea, quæ uſu ſenſuque percipienda ſunt, haurire, ipſeque adeo rationis uſus matureſcere ante pubertatem poſſit, neque ante prolis generandæ (quod pubertate conſequitur) quam ejus educandæ facultatem a natura adeptus videretur. Quod tamen non impedit, quo minus iſta educatio pars quaſi generationis, & cum gignentium adeo officio conjuncta connexaque ſit. Accedit, quod, cum ſupra in proœmio deduxerimus, tutelam adeo neceſſarium eſſe humanæ ſocietati, ut ſine ea brevi interitura ſit, nulla prorſus ratio reddi queat, cur hæc educatio, quae à certa perſona fieri debet, potius extraneo, quam parentibus competat, cum tamen ad hos tantum liberi pertineant, & nulla ipſis cum extraneis connexio ſit. Et hoc quidem adeo verum eſt, ut hanc tutelam vix aliis a parentibus mandari poſſe putem, cum eorum perſonalem induſtriam elegerit natura, uti in cauſa non diſſimili, lactationis ſcilicet a matre præſtandæ, differit *Gellius Noct. Att. L.* 12. *c.* 1.

Hæc itaque tutela eſt, quam natura conſtitui, parentibusque ad tuendam prolem ſuam injunxit. Hi igitur a natura liberis dati tutores ſi præmoriantur ante liberorum pubertatem, deficit naturæ diſpoſitio, nec ab ea in hunc caſum aliter iis proſpectum apparet, adeoque ſuccedit jam officium Magiſtratus & legis civilis, quo ſuppletur hic defectus, & loco parentum alia tutela conſtituitur, quæ proinde eſt ex mero Jure Civili, cujus, ut & Magiſtratus officium in adminiſtratione Reipublicæ & tuitione ſibi ſubjectorum conſiſtit. Cum igitur pupilli, qui territorii finibus continentur, omnino inter ſubjectos recenſeri debeant, & præ reliquis omnibus defenſione & tutela indigeant; (ipſi enim rebus ſuis vel ob judicii imbecillitatem, vel ob affectuum in vana impetum, uti *Excell. Dn. de Pufend. Lib.* 1. *c.* 1. §. 10. loquitur, ſatis dextre præeſſe nequeunt), omnibus ſane patet, eos, qui reipublicæ præſunt, neglecta minorum tutela, non rite officio ſuo fungi, nec rempublicam, cujus ſeminarium quaſi pupilli ſunt, recte adminiſtrare.

Hinc etiam rem tantæ dignitatis & tanti momenti tutelam crediderunt JCti Romani, ut ejus dationem non niſi extraordinariæ jurisdictioni tribuerint. Unde ad ſolum Principem, vel cui is id concedebat, pertinebat, *L.* 6. §. 2. *de Tut. arg.* §. 5. *Inſt. de Atil. tut. & L.* 1. *ff. de Tut. & cur. dat. L.* 3. *eod.* ubi quidem etiam municipalibus hæc poteſtas data eſt, ſed non niſi ex ſpeciali conceſſione.

Obj.

Obj. (1) *L.* 1. §. 6. *de Postul.* ibi: *Sed est æquissimum, si tutelam vel curam hujusmodi personæ* (scil. infames & notati. Conf. *L.* 8. *eod.*) *administrent, postulare eis pro his, quorum curam gerunt, concedi.*

Resp. Non ibi dicitur, quod infames tutores esse possint, sed, si ex personis, quæ ex secundo capite edicti prohibeantur postulare, tutores sint, quod postulare non prohibeantur: adeoque loquitur de fœminis, de cœcis, & de iis, qui possunt esse tutores, sed a postulando regulariter excluduntur: non ergo de infamibus, qui plane tutores esse non possunt.

Resp. (2) Loquitur de iis, qui a magistratu vel testatore, NB. causa cognita, probati sunt.

Obj. (2) *L. un. C. de Infam.* ubi infames curialium & civilium munerum vacationem non habent: ergo nec tutelæ, utpote quæ etiam est munus publicum.

Resp. Verum est, infames non excludi ab iis muneribus, quæ in nudo corporis actu & exercitio consistunt, ut in excubiis &c. vel in oneribus, quæ bonis cohærent, alias enim improbi melioris essent conditionis: & infamia eis esset lucrosa: secus vero in illis muneribus, quæ fidem & administrationem requirunt.

Qu IV. *An creditor vel debitor defuncti possit tutor dari in testamento?*

Affirmatur: Modo testator debitum sciverit. (1) Ex ratione *Legis* 7. *pr. de Cur. fur.* quia patris voluntas semper optima censetur; (2) *arg. Nov.* 72. *c.* 3. ubi creditores, qui dati sunt tutores, debitum ostendere debent apud eum, qui NB. *dedit* curatorem, adeoque textus loquitur de dativo, *d. c.* 3. & de legitimo, *ibid. c.* 1. Sed & (3) datus initio statim allegare creditum debet, *d. N.* 72. *c.* 4. testamentarius autem inscius datur. Atque hoc (4) expressis verbis ita asseritur in *L.* 70. *ff. de Proc.* ibi; *Pater filio suo pupillo tutorem dedit Sempronium creditorem suum.*

Dissent. Laut. pag. 460. *verb. neque possunt &c.*

Obj. (1) Quod *N.* 72. *c.* 1. generaliter disponat, *ut nullus eorum, qui obligatus perhibent se habere res defuncti, ad curationem ejus accedat;* adeoque nec testamentarius.

Resp. Jam demonstravi, textum saltem loqui de dativo & legitimo, non vero de testamentario.

Obj. (2) *arg. Nov.* 94. *præfat. & Cap.* 1. ubi ab illa regula, quod debitores tutores esse non possint, tantum excipiuntur mater & avia; ergo reliqui prohibentur.

Resp. In dicta Novella non omnes continentur exceptiones; adeoque & addenda alia ex *d. L.* 70.

Resp. (2) Hæ sunt legitimæ tutrices, de quibus cum exceptio fit, etiam regulam saltem de legitimis loqui, necesse est, non ergo de testamentariis.

Dissentit *Laut. h. p.* 460. At moribus nostra sententia obtinet, fatente ipso autore. Add. Dd. ab eo allegati. *Vinn. §. f. de Aut. tut. Phil. Us. pr. Inst. L.* 1. *Ecl.* 79. *Coll. Jur. Arg. th.* 9. *in f.*

Qu. V. *An datus tutor, tacens notorium debitum, actionem perdat, & removeatur tanquam suspectus?*

Dissent. Laut. Pag. 460. verb. *licet sit notorium.*

Ita putat *Laut. h. p.* 460. Sed rectius cum allegato *Carpzovio p.* 2. *c.* 11. *d.* 19. id negamus; quia Judici imputatur, quod sciat debitum, & taceat, quodque non loquatur de eo, omnibus constat. *arg. C.* 31. *de R. J. in* 6.

Qu. VI. *Quinam sint infantiæ, quinam pubertati proximi?*

Laut. pag. 461. verb. *quarum determinatio.*

Lauterbachius *pag.* 461. determinationem harum ætatum arbitrio Judicis relinquendam esse ait: at ipso Jure eam statutam esse, demonstravi supra *tit. de Pact. q.* 29.

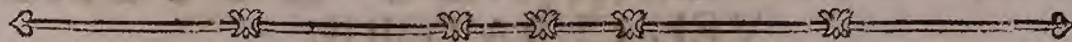
Qu. VII. *An tutor saltem minus principaliter detur bonis?*

Laut. pag. 461. verb. *minus principaliter &c.*

Affirmatur, Nam regulariter saltem personæ datur, quia datur ad integrandam personam pupilli & supplendum defectum administrationis. *L.* 12. *L.* 14. *de Test. tut.* Bona autem minus principaliter veniunt, quia sine iis persona salva non est.

Exc. (1) Si tutor absens est, & interim de adeunda hæreditate agitur, hæc aditio non potest fieri, nisi novo ad hunc actum constituto tutore. *L.* 17. §. 1. *de Appell. L.* 13. *de Tut. dat.*

Exc. (2) Si patrimonia ſint magna, & in diverſis locis ſita, per *L. obſt.* 15. *de Teſt. tut.*



LIB. XXVI. TIT. II.

DE

TESTAMENTARIA TUTELA.

Qv. I. *An tutor etiam in teſtamento privilegiato inter liberos dari poſſit?*

Negatur: Nam (1) Lege non eſt valida diſpoſitio, & ſuſtinetur tale teſtamentum ſaltem quoad inſtitutionem filii, non ultra: atque hinc (2) quod in extraneo ibi relinquitur, non valet: Unde (3) in *L.* 2. *C. de Conf. tut.* dicitur, neque per epiſtolam, neque in imperfectio teſtamento tutorem conſtitui poſſe, teſtamentum vero hoc eſt imperfectum, & ſuſtinetur ſaltem in favorem inſtitutionis. *Diſſent. Laut. pag.* 461. *verb. in teſtam. privil.*

Poteſt tamen & ſolet talis tutor a Judice confirmari, quia patris voluntas optima cenſetur. *Dn. Berger. h. t.*

Obj. *L.* 21. §. 1. *C. de teſt.* ibi: *Voluntate teneri.*

Resp. Agit de hæreditate liberorum, non de tutela. *Dn. Berg. d. l.*

Qv. II. *An exhæredatis poſſit tutor dari?*

Affirmatur, Quia tutoris datio eſt effectus patriæ poteſtatis, quæ non tollitur per exhæredationem. *L.* 1. §. 10. *de Suis & legit.* *Laut. pag.* 462. *verb. licet ſint exhæredati.*

Obj. (1) Nemo poteſt tutorem dare niſi ſuo hæredi, *L.* 73. §. 1. *de Reg. jur.* exhæredatus non eſt ſuus. *d. L.* 1. §. 10.

Resp. Suitatis duplex eſt effectus, tum ratione patriæ poteſtatis, tum ratione ſucceſſionis: hic effectus tollitur per exhæredationem, non ille.

Obj. (1) Quod exhæredatus habeatur pro mortuo.

Resp. Quoad effectus ſucceſſionis, non quoad reliquos effectus patriæ poteſtatis. Conf. omnino *ſupr. L.* 5. *tit.* 2. *q.* 18.

LIB. XXVI. TIT. III.

DE CONFIRMANDO TUTORE VEL CURATORE.

QV. *Si tutela, quæ non rite in teſtamento eſt conſtituta, a magiſtratu confirmatur, an ſit dativa, an teſtamentaria?*

Lauterb. h. t. putat, eſſe dativam, quia eſſe ſuum a magiſtratu habet, ſed verius eſt, eſſe mixtam, ex teſtamentaria & dativa: & talis tutor quaſi *teſtamentarius* præfertur legitimo, *L.* 3. *de Conſ. tut.* perdit excuſando ſe legatum, *L.* 32. *de Exc. tut.* nec cogitur ſatisdare, niſi in caſu, quo mater vel quilibet alius ei, quem inſtituit, tutorem dedit. *L.* 2. *L.* 3. *h.* Quaſi *Dativus* ante decretum nec gerere poteſt, *L.* 5. *h.* nec excuſare ſe tenetur, *L.* 1. *C. h.* nec obligatur, *L.* 2. *C. h.* nec ſi quis ante datus eſt, is ideo tutor eſſe deſinit. *L. p. C. h.* De quibus videatur *Dn. Par. in Hyp. Inſt. de tutel.* §. 5. *& Phil. Uſ. pr. Inſt. L.* 1. *Ecl.* 78.

Equidem hodie omnes tutelæ videntur mixtæ, quia omnes confirmatione opus habent. *O. P. de anno* 1574. *tit.* 32. Verum decretum hoc accedit, non ut jure ſubſiſtat, ſed ut geri poſſit. *d. Hyp.* §. 6. Jus ergo tutelæ ex ſolo teſtamento vel lege oritur, ſed exercitium & geſtio a judice non tam conceditur, quam permittitur. Neque inde deſinunt eſſe diſtinctæ ſpecies & effectus.

LIB. XXVI. TIT. IV.

DE LEGITIMIS TUTORIBUS.

QV. I. *An Jure ff. & C. tutela matris & aviæ ſit dativa?*

Laut. pag. 463. verb. *Jure ff. & Cod.*

AFFIRM. Quia tutela eſt virile officium, a quo fœminæ excludebantur ſine datione Principis. *L. f. de tut. L.* 2. *L. f. C. Quand. mul. tut. off.*

OBJ. *L.* 6. *C. ad SCt. Tertull.* ubi vocatur legitima.

RESP. Non eſt legitima, quaſi ex lege delata, ſed quæ ſecundum leges, adeoque juſta eſt.

Hodie

Hodie poſt *Nov.* 118. *c.* 5. eſt legitima, indeque omnes effectus tutelæ legitimæ ibi obtinent.

Qv. II. *Quando deficiat teſtamentaria tutela?*

Resp. Quando decedit inteſtatus quoad tutelam. Quod fit (1) quando plane non eſt teſtamentum; (2) ſi ſit, ſed in eo tutor datus non eſt, §. 2. *h.* adeoque ubi quis decedit inteſtatus ratione tutelæ; (3) ſi datur, ſed datio ipſo jure nulla ſit; §. *p. I. de Curat.* (4) ſi datio valet, ſed datus vivo teſtatore deceſſit; §. 2. *I. h.* quia deficit tutor, ut hæres præmoriens; nam lex defert & tutelam & hæreditatem tempore mortis. Non vero (5) ſi removetur tutor, vel ſe excuſat. Conf. *Dn. Par. Hyp. Inſt. h.* §. 2.

Laut. pag. 463. verb. *quae deficientem.*

Qv. III. *An pactis quoque gentilitiis legitima tutela conſtituatur?*

Negatur, ſed ſola lege. *Heig. p.* 2. *q.* 1. 3. (1) quia extraneus non poteſt tutorem dare, niſi ei, quem hæredem fecit, non, cui aliud quid relinquit; agnatus autem eſt extraneus; (2) quia extraneus non poteſt dare tutorem, niſi quoad præſentem ſucceſſionem & caſum, non quoad omnes caſus & ſucceſſiones futuras; (3) quia tutor dari nequit ei, qui in poteſtate eſt, agnati futuri autem non ſunt; (4) tutela permiſſa eſt ultima voluntate dari, non pacto; (5) confirmatio judicis valere nequit quoad caſus futuros, & qui contingunt, ubi deſiit eſſe judex.

Laut. pag. 463. verb. *defertur lege.*

Exc. Si pacta vel lege confirmata ſint, vel a Principe; quia tum lex nova eſt; & privilegium.

Qv. IV. *An mater & avia praeferantur quoque aſcendentibus?*

Negatur, ſi pater & avus paternus vivant, nam in horum poteſtate ſunt, adeoque fruſtra de tutela quæritur, ubi nondum eſt caput liberum. Vid. *Hyp. Dn. Par. L.* 1. *t.* 19. §. 4. & *tit.* 12. §. *f.* At avis maternis & aviæ paternæ omnino præfertur mater, *Nov.* 118. *c.* 4. ubi dicitur, (1) quod iis nemo, niſi teſtamentarius, præferri debeat: non ergo ullus legitimus, qui eodem gradu eſt; (2) quia eodem ordine & gradu tutelam recipiunt, quo hæreditatem, *d. c.* 3. (3) quia omnibus cognatis præferuntur, uti ſunt reliqui aſcendentes, nec alia ulla prærogativa datur. Ita *Strauch. Diſſ.* 5. *th.* 16. *Prukm.* 1. *con.* 27. *n.* 114. *Carpz. p.* 2. *d.* 122. &

Laut. pag. 463. verb. *non etiam aſcendentibus.*

& p. 2. *Conſt.* 11. *def.* 13. ubi præjudicium exhibet, quod tantum excipit avos paternos, qui ſoli præferuntur matri. Unde apparet, jus vetus in *L.* 2. *L.* 3. *C. Quand. mul. tut. off.* mutatum eſſe per *Nov.* 118.

Qv. V. *An legitima tutrix removeatur ſola prohibitione teſtatoris?*

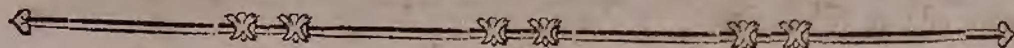
Diſſent. Laut. pag. 463. *verb. neque eam.*

AFFIRMATUR ratione certæ perſonæ, non vero ratione omnium legitimorum tutorum: idque apparet (1) ex *l.* 21. §. 2. *de tut. dat.* ibi: *Sed & ſi quis a parentibus prohibitus fuerit tutor eſſe, hunc neque creari oportet &c.* (2) ex *Nov.* 118. *c.* 5. ubi a patre teſtamento datus tutor præfertur matri addita ratione: *defuncti namque voluntatem & electionem praeponi volumus.* (3) ex *L. un. C. Si contr. matr. vol.* ubi contra voluntatem matris tutor non admittitur, nedum ergo contra patris voluntatem. Accedit (4) quod conſilium patris ſemper optimum cenſeatur.

OBJ. *arg. L.* 11. *de R. J.* ubi quod noſtrum eſt, uti jus tutelæ legitimæ, ſine facto noſtro, adeoque nec prohibitione patris, nobis auferri nequit.

RESP. Falſum eſt, quod tutela legitima ſit jus uxoris teſtatore prohibente, quia ei ineſt conditio: niſi pater prohibuerit. *dd. LL.*

EXC. Si non prohibitione patris, ſed per ſtatutum a ſucceſſione excludatur: tunc enim non excluditur a tutela legitima, quæ juxta ordinem ſucceſſionis defertur; quia hujusmodi ſtatuta ſunt ſtricti juris. *Brunn. parat. de tutel. q.* 13.



LIB. XXVI. TIT. V.

DE TUT. ET CURAT. DAT. AB HIS, QUI JUS DANDI HABENT, ET QUI, ET IN QUIBUS CAUSIS SPECIALITER DARI POSSUNT?

Qv. I. *Quando dativae tutelae locus ſit?*

Laut. pag. 464. *verb. tum locus eſt &c.*

RESP. Quando nulla tutela eſt, uti ſi (1) nullus alius tutor nec taſtamento, nec lege eſt conſtitutus. *pr. Inſt. de At. tut.* (2) Si eſt tutor, ſed vel ſub conditione, vel in diem datus. §. 1. *Inſt. h.* (3) Si inchoata tutela

tela poſt mortem, ſed deſiit in perpetuum. §. 6. *I. h. L.* 15. *L.* 16. *h.* (4) Si ab hoſtibus captus eſt tutor. §. 2. *I. h. tit.*

Qv. II. *An tutoris datio hodie ſit jurisdictionis ordinariae?*

Negatur: Sed tutor datur a magiſtratu, cui id in ſpecie conceſſum eſt: ſi vero talis ſpecialis magiſtratus non eſt, relicta videtur tutelæ datio ordinario. Vid. *Illuſtr. Dn. de Printzen in diſp. de tutel. illuſtr. Sect.* 1. §. 5. *Gudel. J. Nov. L.* 5. *c.* 3. *Dn. Par. in Hyp. Inſt. h.* §. 1. *Diſſentit Laut. pag.* 464. verb. *hodie ab iis.*

Effectus inſignis eſt, quod mandari alii non poſſit, *L.* 1. *de Off. ejus. L.* 8. *h. t.* neque id mutatum eſt per *R. I. de ann.* 1548. & 1577. ubi Imperator Statibus Imperii curam pupillorum commendat; nam Status Imperii non vi mandati tutores conſtituunt, ſed vi regalium & jure ſuperioritatis territorialis magiſtratibus ſuis eam facultatem tribuunt: ipſi igitur Status per modum pacti in *dictis Receſſibus Imperii* promittunt; ſe curam pupillorum habere velle; non ergo per modum mandati id eis injungitur. Vid. *Dn. Berger. h.* Hinc jam quæritur: an Camera Imperialis, immediatis Statibus & ſubditis tutores dare poſſit? Quod affirmat *Laut. h.* ibique *Gail. L.* 1. *O.* 1. *n.* 47. Nos verum id putamus de officialibus Cameræ, aliisque immediatis; ut Nobilibus Imperii &c. Non vero de Statibus imperii, qui ipſi leges circa tutelam conſtituere poſſunt, deficiente autem tutela, ſolus Imperator tutorem conſtituit. Vid. *Coccej. J. Publ. cap.* 32. *Diſſent. Laut. ibid. verb. hodie poteſt.*

Insto: Camera habet jurisdictionem ordinariam; ergo tutelæ datio videtur eſſe ordinariæ jurisdictionis.

Resp. Imo exercet non vi ordinariæ jurisdictionis, ſed quia alii in ſpecie conceſſum in Imperio non apparet.

Qv. III. *An tutor ſub conditione dari poſſit?*

Negatur: Sed pure dari debet; quia eſt actus legitimus. *L.* 6. §. 1. *de Tutel.* *Laut. pag.* 464. verb. *pure &c.*

Atqui datur tutor pendente conditione teſtamenti, eaque exiſtente deſinit; ergo poteſt ſub conditione dari.

Resp. Hoc non eſt ex vi conditionis, ſed poteſtate legis, qua teſtamentarius præfertur; Magiſtratus ergo pure interim dat, etſi a lege inſit tempus.

Qv. IV.

Qv. IV. *An tutores debeant jurisdictioni dantis esse subjecti?*

Laut. pag. 464. verb. *modo sint ejus &c.*

AFFIRMATUR, *L.* 1. §. *f. L.* 3. *h. L.* 3. *C. qui dar. tut. L. f. de Jurisd.*

OBJ. *L.* 10. *de tut.* ubi etiam non municipes tutores dari possunt.

RESP. Hoc intelligendum positis terminis habilibus, scil. si a sui municipii Magistratu ad id confirmatur, uti id explicatur in *L.* 24. *h.* Conf. omnino *Dn. Berger. resol. Leg. obst. h. t. q.* 1.

++

LIB. XXVI. TIT. VI.

QUI PETANT TUTORES VEL CURATORES, ET UBI PETANTUR.

Qv. *An mater privetur successione, si tutores non petierit intra annum?*

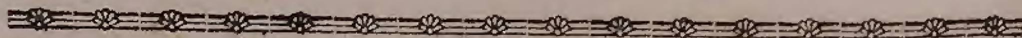
Laut. pag. 465. verb. *mater tutores &c.*

AFFIRMATUR, §. 6. *de SC. Tertull. L.* 10. *C. de Legit. haer.*

OBJ. *L.* 2. §. 23. 35. & 38. *ad SC. Tertull.* ubi nullum tempus additur.

RESP. In genere quidem ibi dicitur *confestim & sine mora* tutorem sub pœna privationis peti debere. Sed hæc indefinita restringitur ad annale spatium *d. L.* 2. §. 43.

Bene observat *Dn. Berger. h.* jure novo matrem esse tutricem legitimam, indeque eam sententiam vix usum habere, nisi mater ad secunda vota transierit.



LIB. XXVI. TIT. VII.

DE ADMINISTRATIONE ET PERICULO TUTORUM.

Qv. I. *An tutor honorarius possit administrare, si velit?*

Laut. pag. 466. verb. *possunt etiam*

AFFIRMATUR, *L.* 39. *de Acquir. vel omitt. haer. L.* 14. §. 1. *de Solut.*

OBJ. Favorem pupilli esse, ne plures sint tutores.

RESP. Cum honorarii quoque periculum suscipiant, non debet favor pupillorum in eorum præjudicium torqueri.

Qv.

Qv. II. *Quis præferatur in tutela, si plures sint tutores?*

RESP. Vel *unus* offert satisdationem, & tunc is solus gerit, etiam invitis cæteris: nisi alius eam conditionem acceptet. §. 1. *Inst de Satisd.* Vel *nemo* offert, & tum præfertur (1) is, quem testator, (2) quem major pars, (3) quem Prætor elegit. *d.* §. 1. Sed posteriori casu requiritur consensus reliquorum, quia prætor neminem cogit, & tunc omnes gerunt. *d. L.* 3. §. 8. *h. Nov.* 118. *c.* 5. *in fin.* *Laut. pag.* 467. verb. *si plures sint.*

Hinc jam quæritur, quis præferatur, si alius offerat, alius vero a patre jussus sit gerere.

RESP. Is, qui offert, *d.* §. 1.

OBJ. *d. L.* 3. §. 1. ubi Prætor præferre debet illum, qui a patre ad gerendam tutelam destinatus est.

RESP. Agitur de casu, quo satisdatio non offertur.

Qv. III. *An tutor omnia possit agere sine pupillo?*

AFFIRMATUR: Quia est instar domini, *L.* 27. *h.* nisi pupillus sit infantia major; tunc enim *illi* actus, qui in administratione bonorum consistunt, a solo tutore peraguntur, *illi* vero, qui factum personæ requirunt, vel quia actus solennes sunt, vel quia ipsa persona obliganda est, fiunt a tutore & pupillo simul, *L.* 19. *ff. h.* atque huc pertinent omnia illa exempla, ab auctore *pag.* 467. allegata. *Laut. pag.* 467. verb. *potest omnia.*

LIB. XXVI. TIT. VIII.

DE

AUTORITATE ET CONSENSU TUTORUM AC CURATORUM.

Qv. I. *An tutor præsens interponere autoritatem debeat?*

AFFIRMATUR, *L.* 9. §. 5. *L.* 3. *L.* 14. *h.* §. 2. *Inst. h.*

OBJ. *L.* 25. §. 4. *de Acq. vel omitt. hær.* ubi traditur differentia inter jussum patris, & autoritatem tutoris, quod hæc accedat *perfecto negotio*, ille autem præcedere debeat. *Laut. pag.* 468. verb. *praesens &c*

RESP. Præſens in negotio eſſe videtur, qui in continenti accedit, quia idem negotium adhuc eſt. *L.* 37. §. 1. *de Adm. tut.*

OBJ. *L.* 31. *pr. de Uſurp. & uſuc.* ubi tutor non tantum *initio venditionis*, ſed & *poſt longum tempus venditionis peractum* autoritatem interponere poteſt.

RESP. Si poſt longum tempus autoritatem interponit, ex eo demum tempore, quo præſens auctor factus eſt negotium valet: *Initium* autem hic opponitur ei, quod *poſt longum tempus* ſit.

QV. II. *An pupillus ſine autoritate tutoris naturaliter obligetur?*

Laut pag. 469. verb. * *neque pupillus naturaliter.*

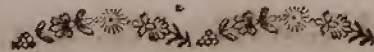
NEGATUR: Vid. *ſupr. Tit. de Pact. qu.* 30. 31.

QV. III. *Quomodo differat autoritas tutorum a conſenſu curatorum?*

RESP. Eſſentialis differentia (1) in eo conſiſtit, quod *pupillus* naturaliter nihil agere ſolus poſſit, indeque alia opus ſit perſona, quæ ejus integret perſonam, & negotio autoritatem præſtet: *Minor* vero omnia ſolus agit, plene adminiſtrat, nec perſona ejus integrari debet, & lubrico ſaltem ætatis ſuccurritur, mediante curatore, qui proinde non gerit negotia, ſed pupillis gerentibus aſſiſtit. Unde jam eſt, quod *tutor* autoritatem, *curator* vero conſenſum interponat. Hinc (2) *autoritas* perſonæ accedit: *conſenſus* bonis. (3) *Autoritas* expreſſe interponi debet; *conſenſus* etiam tacite poteſt. *L.* 1. §. *p. de Tut.* (4) *Illa* pure, etſi contractus ſit conditionalis, *L.* 8. *h. t. hic* ſub conditione quoque. (5) *Illa* in continenti, *L.* 9. *h. hic* ex poſtfacto quoque intervenit. (6) *Illa* non niſi a præſente interponitur, vid. *ſupr. qu.* 1. *h. t. hic* etiam per literas & nuntium. (7) Deficiente *autoritate* negotium ipſo jure nullum eſt, deficiente *conſenſu* valet, ſed minor læſus reſtituitur. (8) *Autoritas* interponitur usque ad annum decimum quartum; *conſenſus* usque ad annum vigeſimum quintum.

Hodie juxta ſententiam *Laut in fin. h.* ſoli tutores res pupilli adminiſtrant, indeque ſubtilitas illa autoritatis in plerisque ſublata videtur Conf. *Dn. Par. in Hyp. Inſt. de Aut. tut.* §. *f.*

LIB.



LIB. XXVI. TIT. IX.

QUANDO EX FACTO TUTORUM VEL CURATORUM MINOR AGERE VEL CONVENIRI POSSIT?

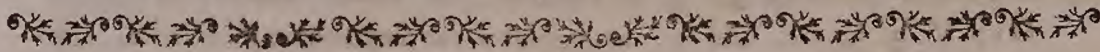
Qv. *An dolus tutoris pupillis noceat, vel profit?*

Resp. Dolus tutoris nec nocet, nec prodest pupillis; *L.* 3. *h. L.* 4. *eod.* *Laut. pag.* 469. verb. *nisi* (1) *dolum &c.*

Exc. Si *ipse pupillus* contraxit autore tutore, & locupletior inde factus est, tunc eatenus tenetur, *l.* 13. *§.* 7. *de Act. emt. l.* 3. *h.* in reliquum tutor. *d.* §. 7. Si vero *solus* contraxit cum alio, & dolo fecit, nec utilis in pupillum actio datur, sed directa, solus tutor convenitur, *d. l.* 13. §. 7. *de Act. emt. l.* 4. *h.* id enim ibi videtur per vocem *extrinsecus* dici.

An ergo pupillus lucrabitur? Affirmatur; quia non lucratur cum alterius injuria; nam *emtor* pretium recipit a tutore, *tutoris* injuria non est, quam ipse commisit: Secus ergo, si emtor a tutore consequi non potest; tunc in subsidium pupillus tenetur, quatenus locupletior factus est. *arg. L.* 3. *de Trib. act.* Sed & aliæ actiones, ut condictio indebiti &c. salvæ sunt pupillo.

Hinc non *obstat L.* 1. *h.* ubi pupillus omnino tenetur ex dolo tutoris; nam loquitur textus de eo, qui contraxit tutore autore, uti ita res explicatur in *d L.* 13. §. 7. vel, loquitur de casu, ubi pupillus rem, dolo tutoris acquisitam *possidet*, adeoque locupletior factus est, & rem a tutore servari potest. *d. L.* 1. *in fin.*



LIB. XXVI. TIT. X.

DE SUSPECTIS TUTORIBUS ET CURATORIBUS.

Qv. I. *An accusatio suspecti tutoris coram ordinario judice fieri possit?*

Negatur: Sed est specialis concessionis, *Hyp. Inst.* §. 4. *h.* Nam (1) est instar criminis, quædam hic fit accusatio, *L.* 1. §. 1. *&* 2. ibi: *crimen &c. h. t.* §. 3. *Inst. eod.* criminum vero cognitio est specialis concessionis. *L.* 6. *pr. de Off. proc.* (2) Non omni magistratui ordinario jus re- *Laut. pag.* 470. verb. *est ordinaria.*

removendi conceditur, fed faltem quibusdam, uti Romæ Prætori, & in provinciis Præfidi. §. 1. *Inft. h. L.* 1. §. 11. *ad SCt. Turpill.* Unde (3) dubitatum fuit, an Legato Proconfulis competeret, & favore demum pupillorum receptum eft.

Atque ita non *obftant* textus ab autore allegati in *l.* 1. §. 4. *h. & l.* 4. *de Off. ejus, cui mand. eft jurisd.* ubi cognitio fufpecti aliis mandari poteft; ea autem, quæ funt fpecialis conceffionis, aliis mandari non poffunt. *L.* 1. *pr. de Off. ejus, cui mand. eft jur.* Nam expreffe utrobique additur, id faltem in favorem pupillorum receptum effe. Hodie omni magiftratui etiam inferiori competere poteftatem de fufpecto tutore judicandi, affirmamus cum *Laut. h. pag.* 470. & *Copp. L.* 1. *O.* 64. *n.* 26. *& O.* 61. At hoc (1) tantum verum eft, fi alius in fpecie magiftratus ad id conftitutus non eft, uti eft in Belgio, Palatinatu &c. Quin (2) fi quoque alius non eft, relicta hæc facultas magiftratui ordinario videtur, non quidem vi ordinariæ jurisdictionis, fed tanquam res fpecialis conceffionis; nam ordinarius quoque ea exercet, quæ fub ejus officio regulariter continentur.

Effectu parum intereft, nifi quod ea, quæ fpecialis conceffionis funt, aliis mandari non poffint. *d. L.* 6. Sed & fi nullum ufum in foro res haberet, tamen intereft caufas rerum diftinguere.

Qv. II. *An tutores tantum ob dolum, an etiam propter latam culpam removeri poffint?*

Laut. pag. 471. *verb. latam fit &c.*

RESP. Etiam propter latam culpam removeri poffe, per text. expr. in *l.* 7. §. 1. *ff.* §. 6. *Inft. h.* Idque porro ex *l.* 4. §. *f. h.* clarum fit, ubi tutores *& ob dolum, & ob ignaviam vel negligentiam*, i. e. latam culpam removeri poffunt. *Add. L.* 32. *ff. de Cond. & dem.* Conf. *Quaeft. feq.*

OBJ. *L.* 3. §. *f. h.* ubi *qui ob fegnitiem vel rufticitatem, inertiam, fimplicitatem, vel ineptiam remotus eft*, falva exiftimatione removetur, quæ cum fit defcriptio doli, videtur, tantum ex dolo aliquem removeri poffe.

RESP. Imo ex illa ipfa defcriptione apparet, SCtum loqui de lata culpa; dolus enim non ex rufticitate, fimplicitate, inepta &c. fed ex proærefi & malitia committitur.

Qv. III. *An remoti propter latam culpam fiant infames?*

Laut. pag. 471. *verb. fit infamis &c.*

NEGATUR, per §. 6. *Inft. h.* ibi: *fufpectus autem remotus, fi quidem ob dolum, famofus eft, fi ob culpam, non aeque*, ergo tantum remotus ob dolum, non ob culpam, fit infamis.

Quod

Quod vero hoc intelligendum ſit de remoto ex culpa lata, probatur (1) ex eo, quod ex alia, quam lata culpa remotio fieri non poſſit, per text. expr. in *l.* 7. §. 1. *h.* & §. *f. Inſt. h.* verb. *eos, qui fraudulenter adminiſtrant, removendos eſſe*; (2) propter latam culpam defuncti tutoris hæredes damnari poſſunt, *l.* 1. *C. de haer. tut.* neque inde fiunt infames, *l.* 6. §. 7. *de His qui not. infam.* ergo ex lata culpa condemnatus non notatur. Sed & (3) propter levem culpam nemo removetur, ſed ei curator adjungitur. §. 5. *I. de Curat.* ibi: *Item ſi tutor &c. idoneus non ſit ad adminiſtrandum, nec tamen fraudulenter adminiſtrat, ſolet ei curator adjungi.*

OBJ. (1) Quod voce culpæ ſimpliciter poſita, intelligatur *levis.* Cum igitur in *d.* §. 6. remotus ex *culpa* non fiat infamis, id videtur intelligendum de remoto ex *levi*; imprimis cum *lata culpa* jam ſub voce *doli* comprehendi videatur.

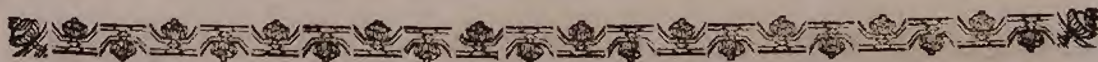
RESP. Hæc omnia ita vera ſunt, niſi aliud legibus conſtitutum appareat.

OBJ. (2) Quod damnati proprio nomine tutelæ fiant infames. *L.* 6. §. 7. *de His, qui not. infam.*

RESP. Supponuntur ex dolo damnati.

INSTO, quod in *l.* 1. *ff. de His, qui not. inf. tutelae* damnati æque infames fiant ac *depoſiti, mandati & pro ſocio* damnati, at hi omnes etiam ex lata, quin & *levi culpa* damnati notantur. Vid. *ſupr. tit. de His, qui not. inf. quaeſt.* 2.

RESP. In eo conveniunt, quod damnati fiant infames, at in tutela non ſufficit damnatio ex culpa, ſed ex ſolo dolo, quia ea non ultro ſuſcipitur, ſed ex neceſſitate.



LIB. XXVII. TIT. I.

DE EXCUSATIONIBUS.

QU. I. *Intra quod tempus aliquis ſe excuſare debeat?*

RESP. Duplex tempus eſt, *excuſationis* & *viae.*

Praeſenti tantum dantur quinquaginta dies *excuſationis*, nulli *viae*, *abſenti* triginta dies *excuſationis*, & tempus *viae*, nimirum in viginti milliaria unus. *L.* 13. §. 2. *h.* Pro *praeſente* autem habetur qui intra viginti milliaria abeſt. §. 16. *Inſt. h.*

Laut. pag. 472. *verb. intra legitimum &c.*

 His

His principiis positis, ille, qui in urbe est, 20. dies amplius habet, quam ultra 100. lapides absens, quod cum iniquum sit, illi supplentur, ne & is minus habeat, *d. l.* 13. §. 2. ibi: *ita debere hoc observari, ut nunquam alicui minus detur* 50. *dierum spatio*: idque verum est, quamdiu dies *viae* junctæ cum 30. diebus *excusationis* non excedunt numerum 50. dierum, i. e. quamdiu quis non abest ultra 100. milliaria, (nam si intra 100. milliaria habitet, semper 50. dies habet, §. 16. *Inst. h.*) Si enim ultra 100. milliaria abest, jam præter 50. dies in singula 50. milliaria dies computatur, ita ut qui 140. milliaria abest, habeat 52. dies, *d. l.* 13. §. 2. *in fin.* & sic porro.

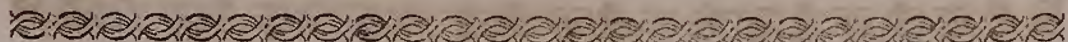
Equidem hæc mera subtilitas est; cur enim non pure dici potuisset, quod tam præsenti, quam ei, qui ultra 400. lapidem abest, tempus viæ dandum sit præter 50. dies.

Qv. II. *An in arbitrio tutoris sit, causas excusationis coram inferiore, an coram superiore Judice per modum appellationis excusationem proponere?*

Laut. pag. 472. verb. *est tamen in arbitrio &c.*

RESP. Jure Digestorum in arbitrio tutoris id erat; nam Judex imponens onus tutelæ gravabat, & ab hoc gravamine dabatur appellatio. *L.* 4. *pr. L.* 13. *pr. h. t. L.* 16. *h. L.* 20. *de Adm. tut.* Sed si tutor sibi magis consultum putet, apud eundem Judicem excusationis causas, proponere, citra appellationem id poterit, & si is rejecerit causas, tunc demum appellationi locus fuit. *d. l.* 13.

Justinianus hoc arbitrium sustulit in §. 16. *Inst. h.* & voluit, ut sine appellatione excusationis causæ proponantur. Conf. *Vinn. & Giseb. h.* §.



LIB XXVII. TIT. II.

UBI PUPILLUS EDUCARI DEBEAT.

Qv. *Ubi pupillus educari debeat?*

RESP. Ubi optime & absque suspicione provisum ei intelligitur: in dubio ergo præfertur locus, quem pater elegit; nisi justa sit causa inde recedendi. *L.* 1. §. 1. *h. arg. L.* 3. §. 1. *de Adm. tut.*

OBJ. *L.* 1. *C. h.*

RESP.

Resp. Agitur de educatione committenda, in qua mater præfertur non de commiſſa jam a patre.

LIB. XXVII. TIT III.

DE TUTELÆ ET RATION. DISTRAH. ET UTILI CURATIONIS CAUSA ACTIONE.

Qu. I. *An hoc ſingulare ſit, quod haeres non teneatur ex levi culpa tutoris?*

Negatur: Sed hoc eſt Juris Communis, cujus ratio exponitur in *L.* 6. §. *p. de His; qui not. inf.* ibi: *non tamen in tutela vel pro ſocio haeres ſuo nomine damnari poteſt, quia haeres neque in tutelam, neque in ſocietatem ſuccedit.* Apparet ex hac *Lege*, hæredem, ratione officii tutelæ, quod nunquam ſuſcepit, & quod ei delatum non eſt, non teneri, ſed tantum ex ſuo dolo. Sane nulla ipſius eſt utilitas, quo caſu præter dolum nihil præſtatur. *L.* 5. §. 2. *Commod.*

Obj. Quod omnino aliquid ſingulare hic videatur, quia regulariter actio, quæ in defunctum competit, in hærede mutari non poteſt. *L.* 2. §. 2. *de V. O.* quod tamen hic fit; nam contra defunctum etiam ex levi culpa agebatur, contra hæredem tantum ex dolo.

Resp. (1) Regula *d. L.* 2. patitur exceptionem: niſi actio quædam cohæreat ſoli perſonæ defuncti, & intuitu, ejus officii competat; tunc enim illa actio ſaltem contra perſonam defuncti datur, qui ſolus tutor fuit, & ob dolum tantum contra hæredem; dolus enim nunquam debet eſſe impunitus.

Resp. (2) Vera eſt illa regula de *ſubſtantia obligationis*, quæ eſt res, quæ debetur, & genus cauſæ, ex quo debetur, hæc ſubſtantia mutari in hærede nequit, *d. L.* 2. at *praeſtationes* in hærede mutari poſſunt; non enim ſemper in ſolidum tenetur. *Carpz. p.* 2. *c.* 11. *def.* 35.

Cujacius contra communem ſententiam ſtatuit, hæredem etiam ex levi culpa tutoris teneri; indeque in *L.* 1. *C. de haer. tut.* negativam expungit: idque ex duplici ratione: (1) quia hæres ex contractu defuncti tenetur; ergo & levi culpa; (2) quia receptum eſt, hæredem tutoris negligentiæ propriæ non teneri, *L.* 4. §. 1. *ff. de fidej. tut. L.* 4. *ff. de Mag. conv.* quo ſatis in-

indicatur, propter negligentiam defuncti hæredem obligari. Vid. *Goth. ad d. L.* 1. Sed *prior* ratio fallit, quoties actio ex contractu ratione officii datur, uti in tutela, per text. expr. in *d. L.* 6. *posterius* argumentum autem claudicat; nam hæres nec ex propria negligentia, nec ex tutoris culpa tenetur.

Qv. II. *An actio de tutelis &c. necessario debeat institui in loco, ubi tutor administravit?*

Laut. pag. 475. verb. *instituitur necessario &c.*

Affirmat Lauterbachius: sed demonstratum est *supra tit. de jud. q.* 11. id etiam in loco domicilii fieri posse. Equidem in *L.* 2. *in f. C. de ratioc.* dicitur, reum in loco gestionis respondere debere, sed eo non excluditur locus domicilii; actor enim regulariter in priori agit, & ejus favor est, sed ille suo commodo renunciare & forum domicilii sequi potest. Vid. *dict. q.* 11.

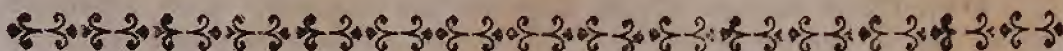
Qv. III. *An haec actio sit personalis mixta?*

Laut. pag. 475. verb. *mixta.*

Affirmatur: mixta autem est ex pœna & rei persecutione. *L.* 2. §. 2. *h.*

Obj. L. 1. §. 23. *h.* ubi dicitur *poenalis.*

Resp. Est pœnalis, sed mixta cum rei persecutione.



LIB. XXVII. TIT. VIII.

DE

MAGISTRATIBUS CONVENIENDIS.

Qv. I. *An magistratus saltem in subsidium conveniatur?*

Laut. pag. 477. verb. *Datur in subsidium &c.*

Affirmatur: Nam cum tutores gesserint, merito prius sunt excutiendi. *L.* 5. *h. L.* 1. §. 15. *de tut. & rat. distr.*

Obj. *de L.* 1. §. 15. ubi prius conveniuntur magistratus, & tunc demum tutores.

Resp. Loquitur expresse de contutoribus honorariis, qui debebant suspectum facere suum contutorem; si enim id non fecerint, tunc conveniuntur quidem honorarii, sed non nisi excusso magistratu.

Qv

Qv. II. *Cur hæredes tantum ex dolo & lata culpâ tutoris conveniantur, non ex levi?*

RESP. Hoc non eſt ex quadam ſingularitate, uti putat autor hic, ſed quia defunctus levem culpam præſtat vi officii, quod non tranſit ad hæredem. Vid. *ſupr. tit.* 3. *q.* 1. *Laut. pag.* 478. *verb. quod hic ſingulare &c.*

LIB. XXVII. TIT. IX.

DE

REBUS EORUM, QUI SVB TUTELA VEL CURA SUNT.

Qv. I. *An ſumtus ſtudiorum ſint juſta ac neceſſaria alienandi res pupilli immobiles cauſa?*

AFFIRMATUR: Quia ſunt ſpecies alimentorum; atque hinc etiam propter dotem & donationem propter nuptias alienari poſſunt. *L.* 22. *C. de Adm. tut.*

OBJ. *L.* 12. *C. de Præd. min.* ubi tantum ob æs alienum prædium minoris alienari poteſt, ergo non propter ſumtus ſtudiorum.

RESP. Vox *tantum* non pertinet ad *aes alienum*, ſed ad verba *cauſa cognita*, ita, ut ſenſus ſit, quod propter æs alienum alienari prædium poſſit *tantum cauſa cognita*, i. e. non niſi cauſa cognita.

Qv. II. *An Emtori rei pupillaris, qui aſſerit, ſolennitates interveniſſe, ejus probatio incumbat?*

AFFIRM. (1) per text. expr. in *l.* 13. §. 2. *de Publ. in rem act.* ibi: *qui a pupillo emit, probare debet, tutore autore lege non prohibente ſe emiſſe.* (2) Quia emtor allegat emtionem cum ſolennibus, adeoque uti emtionem factam, ita & ejus ſolennitates, quæ extra ordinem ei accedunt, probare debet. *L.* 16. *C. de Prob.* Accedit (3) quod ſolennitates facti ſint, adeoque ab allegante probari debeant. *d. L.* 16. *L.* 1. *C. eod.* Idque (4) & Dd. & praxis ſtatuunt; vid. *Carpz. L.* 1. *Reſp.* 80. *n.* 1. & 17. & *n.* 24. *ibique Dd.* & *part.* 1. *c.* 11. *d.* 32. *n.* 1. *Brunn. ad L.* 3. *C. de Prob. n. f.* atque ita in Curia Halberſtadienſi bis in contradictorio judicatum: (1) in cauſa Sandau, contra Hanemüller: d. 29. Octobr. 1705. d. 21. Mart. 1707. (2) in cauſa Reineckens Erben, contra Böttchers Erben, d. 1. Nov. 1706. *Laut. pag.* 478. *verb. quæ probanda &c.*

OBJ. (1) Quod posito negotio, omnia rite acta intelligantur, donec probetur contrarium. *L.* 5. §. 1. *ff. de Prob.*

RESP. Verum hoc est de requisitis ipsus negotii, ita enim stipulatio inter præsentes præsumitur facta, §. *f. I. de Inut. stip.* ita emtio perfecta videtur quoad definitionem pretii; at si per accidens adhuc aliquid requiritur, uti in alienatione prædii minoris, id, quia est extra naturam negotii, non præsumitur, sed ab eo, qui requisita hæc accessisse ait, probari debet. *Goth. ad d. L.* 13. *& Cuj. ad L.* 30. *ff. de V. O.*

OBJ. (2) *arg. L.* 5. *pr. de Probat.* ubi ei, qui non solenniter factam emancipationem ait, incumbit probatio.

RESP. Ibi non probatur, solennia non accessisse, sed eum, qui emancipavit, jus non habuisse emancipandi, adeoque hoc, qui allegat, probare debet. Sensus autem hic ex *pr. d. L.* apparet, ubi postquam dictum erat, eum, qui adversarium suum a jure exclusum ait, id probare debere, statim subjungitur exemplum in §. 1. ut ille quoque, qui emancipationem non recte (scilicet quia forte ille, qui emancipavit, lege exclusus est ab hoc beneficio) factam ait, probare id debeat.

RESP. (2) Verum hoc est de solennibus ipsius negotii, scilicet emancipationis, quæ ad essentiam ipsius pertinent, quia negotio contracto omnia, quæ ad essentiam ejus pertinent, adesse censentur; secus vero in solennibus extraordinariis. Vid. *Obj.* 1.

QV. III. *An transactio, de re minoris inita, non adhibitis solennitatibus, ad alienationem ejusmodi rerum necessariis, ipso jure nulla sit?*

Laut. pag. 478. *verb. deficiente alterutro.*

RESP. Solennitates, quæ in alienatione prædiorum minorum requiruntur, adhiberi quoque debent in transactione, de iisdem inita; transactio enim est species alienationis; idque in terminis ita tradunt *Struv. Ex.* 6. *th.* 55. *Müller. ad Struv. Ex.* 31. *th.* 85. *lit.* δ. *Laut. Comp. pag.* 54. *Brunn. ad L. fin. C. Si major fact. al. in fin.* Atque ita judicatum Halberstadii, in causa **Münchhof**, contra **Hülßebusch**, d. 26. Nov. 1705. item in causa **Schlüters**, contra **Ritzens Erben**, d. 21. Mart. 1709.

Quænam autem sint illæ solennitates, accurate notavi in rationibus decidendi, sententiæ in causa **Münchhof**, contra **Hülßebusch**, adjectis. Verba ita se habent: **Nun aber erfordern die Rechte,** ut ante alienationem causæ cognitio a Judice fiat.

L. 6.

l. 6. C. de Præd. & al. reb. min. ibi: *nisi causis apud acta probatis. L. 22. C.* ibi: *hæc omnia nulli tutorum curatorumve liceat vendere, nisi per inquisitionem judicis & probationem causæ interpositionemque decreti. de Adm. tut. L. f. C. de Præd. & al. reb. min.* ibi: *decreto interposito a Prætore celebrandus est, probatis examinatisque causis.*

Und wird die ratio beygefügt, ut fraudi locus non sit,

dict. L. 22.

& ut patefacta rerum fide firma venditio perseveret,

dict. L. fin.

Solent enim tutores lucri sui causa adseverare Prætori, necesse esse, distrahi possessiones, vel obligari,

dict. L. 5. §. 11.

Laut. de Al. rer. quæ minor. th. 34.

Dannenhero auch diese Alienatio nicht dem Tutori, sondern dem Prætori zugestanden und zugeschrieben wird, in

L. 5. §. 9. ibi: *Namque non esse eis* (tutoribus) *viam distractionis tributam, & NB. ideo Prætori arbitrium hujus rei senatus dedit. ff. de Reb. eor.*

Diese causæ cognitio aber bestehet vornemlich darinnen, ut cognoscat Prætor, an justa & necessaria sit alienationis causa,

L. 6. *L.* 12. *C. de Præd. & al. reb. min.*

num pupillo expediat transactio, anne potius processui insistere debuerit, anne lautioribus conditionibus transactio iniri, vel aliunde pecuniam accipere possit.

L. 5. §. 9. & 10. *de Reb. eor.*

Quia judex requirere debet necessarios pupilli vel alios fideles, qui notitiam rerum pupillarium habent, vel edi debent rationes; quin advocatus dari, qui instruere religionem Prætoris potuerit, an assentiri venditioni vel obligationi (adde & hic transactioni) debeat.

d. L. 5. §. 11.

Neque utilis hic causa sufficit,

L. 5. §. 14. *L.* 13. *pr. h. Huber. præl. h. n.* 4. *Berger Resol. h.*

Wenn nun diese Ursachen und die Nothwendigkeit der Alienation oder Transaction dem Judici nicht allein proponiret, sondern auch völlig erwiesen seyn,

 L. 5.

L. 5. §. 14. *de Reb. eor. L.* 6. *C. de Præd. & aliis. dict. L. f. C.*

alsdenn erst folget das Decretum de alienando; decernit scil. Judex rem alienari vel de ea transigi posse,

d. L. f. ibi: *decretum solenniter interponat. d. L.* 22.

adeó, ut decretum præcedere debeat, juxta doctrinam

Carpz. L. 5. *Resp.* 698. *n.* 3. *&* 18.

Sand. de prohib. rer. al. c. 1. *n.* 68. *seq.*

Mull. ad Struv. d. th. 85. *lit.* δ.

At hoc ultimum non præcise necessitatis esse, plurimi contendunt, propter *L.* 2. *h. t.*

Brunn. in L. 10. *C. de Præd. minor. &c.*

Berl. p. 1. *dec.* 149. *Schilt. Ex.* 37. *th.* 211. *Berger. resol. tit. de Reb. eor.* p. 510. Conf. *Gloss. in L.* 1. §. *Decretum. C. de Tut. & Cur. Simoncell. de decret. in præf. n.* 31. *Sande d. l. n.* 68.

Sane nihil interesse videtur pupilli, num contractus ante decretum perficiatur, num post, quia ante decretum interpositum nihil valet, sed contractus ex decreto demum vigorem consequitur.

Omnes autem illæ solennitates adeo de essentia negotii sunt, ut una omissa totum negotium nullum sit. *Laut. h.* Atque hinc ob omissam præallegatum causæ cognitionem & Decretum de alienando, alienatio nulla declarata fuit in causa **Münchhof**, contra **Hülßebüsch**, d. 26. Nov. 1705. item in causa **Reineckens Erben**, contra **Böttchers Erben**, d. 23. Jan. 1710. item in causa **Sandau**, contra **Hanemüllern**, d. 29. Octobr. 1705. quæ Sententia quoque confirmata fuit, d. 31. Mart. 1707. Porro venditio prædii a tutore facta & anno interlapso confirmata ideo annullata fuit, quod causæ cognitio & decretum de alienando deficeret in causa **Olthof**, contra Delium, (1) d. 31. Oct. 1699. (2) d. 8. Sept. 1701. (3) d. 6. Nov. 1704. (4) d. 9. Jul. 1705.

Neque sufficit, si venditioni tutoris accedat nuda confirmatio judicialis. Nam præcise decretum requiritur & præcedens causæ cognitio. Judiciales autem ejusmodi confirmationes plerumque sine causæ cognitione expediuntur, ipsa experientia teste; Una igitur solennitate omissa, actus nullus est, *L.* 16. *C. de Præd. min.* actus autem nullus per accedentem ex postfacto confirmationem convalidari nequit. *Barth. th. loc. com. L.* 3. *c.* 46. *ax.* 3. *Gramm. dec.* 66. *n.* 52. Ita judicatum in eadem causa **Olthof**, contra Delium, d. 6. Nov. 1704. & in causa **Münchhof**, contra **Hülßebusch**, d. 26. Nov. 1705.

Qv. IV.

Qv. IV. *An subhastatio in alienatione rerum minoris necessaria sit?*

Resp. Inter solennitates ad alienationem prædiorum minorum necessarias quidem referunt subhastationem, adeo, ut, ea omissa, alienationem nullam declarent, *Carpz. lib. V. Resp.* 72. *& Part. II. Dec.* 195. *Sand. de prohibit. rer. al. P.* 1. *c.* 1. §. 5. *n.* 72. *Simoncell. de Decret. Praefat. n.* 16. & ingens catalogus Doctorum apud *Suevum in Disp. Utrum in alienatione bonorum pupilli vel minoris necessaria sit subhastatio.* §. 9. Eamque apud Frisios, Batavos & Salios in praxi observari, testatur *Ant. Matth.* & præjudicium Lipsiense profert *Philipp. de Subhast. c.* 2. *comm.* 2. *n.* 36.

Verius tamen est, subhastationem de necessitate non esse, neque eam ullibi in jure requiri; solennitates enim negotiorum non fingendæ, sed legibus probandæ sunt. Sane cum JCti Romani pupillis summa cum solertia prospexerint, & minutias quoque tam accurate attigerint, prætermissuri subhastationem non fuissent, si eam adeo necessariam credidissent.

Obj. Equidem (1) tutoribus & curatoribus circumveniendi pupillos occasionem suppeditari, omissa licitatione, cum satis superque notum sit, plerosque non bona fide versari. *L.* 5. §. 11. *ff. de Reb. eor.* Judicis autem officium esse, illud facere & exequi, quod utile est pupillo.

Resp. (1) Utilitas non infert necessitatem. (2) Satis prospectum est pupillo, si Judex juxta normam, a lege præscriptam, causam cognoscat. Nam (3) hæc ipsa pars illius cognitionis est, an subhastatio utilis pupillo futura sit, quod si putet Judex, eam non omittit, si negligat, supervacaneam judicat.

Obj. (2) Quæ res sine decreto Prætoris vendi nequeunt, eæ necessario auctione sunt distrahendæ, *Albericus in L.* 1. §. *Etsi sine. ff. de Min. Xuaretus in Thes. recept. sent. verb. Decretum. Salgado in Labyrintho Cred. p.* 3. *c.* 14. *n.* 1. *& seqq. Posth. Insp.* 3. *n.* 2. *aliique Dd. apud Suev. d. Disp.* §. 10. *in fin.*

Resp. Negatur consequentia, nec ullibi ea probatur. Vid. *Suev. d. Disp.* §. 14.

Obj. (3) *L.* 1. §. 3. *ff. de Tut. & rat.* ubi auctionalia instrumenta sunt instar inventarii.

Resp. Inde non sequitur: ergo necessario auctio rerum alienandarum fieri debet. *Suev. d. l.* §. 15.

Obj. (4) *L.* 7. §. 8. *ff. de Min.*

Resp. Refertur ibi casus, ubi subhastatio facta est, non autem ibi asseritur, necessario eam faciendam esse. Conf. *Suev. d.* §. 15.

Obj. (5) *L.* 3. *C. Si adv. fisc.*

Resp. Loquitur de pignore ejusque alienatione: hæc semper sub hasta fieri debet, sive sit res minoris, sive majoris, *L.* 9. *C. de Distr. pign.* Conf. *L.* 29. *in f. ff. Fam. erc.*

Obj. (6) *Auth. Hoc jus porrectum &c. C. de SS. Ecl.* ubi res Ecclesiæ sub hasta vendi debent; eadem autem, quin major ratio est in pupillis.

Resp. (1) Loquitur itidem de re Ecclesiæ oppignorata: Vid. *Nov.* 120. *c.* 6. ibi: *Hoc etiam super ipsis venerabilibus domibus definire praevidimus, uti si quaedam ex iis sive pro publicis collationibus, sive pro alia necessaria causa ejusdem domus debitis obnoxia fiant, &c.* omne autem pignus solenniter distrahi debet. *d. L.* 9.

Resp. (2) Licet quoque tum in objectione præcedenti, tum hic speciali lege subhastatio statuta esset, non tamen extendenda illa Lex foret ad alias alienationes minorum, quia tam solers & tam accurata causæ cognitio, quando fiscus ut creditor rem pupilli vendit, vel œconomus &c. rem Ecclesiæ, non præcedit, uti fit in casu, quo tutor vel curator rem pupilli alienat.

Atque nostram sententiam defendit *Suevus in diff. Disp. Magnil. de Subhast. c.* 27. *n.* 3. *Immola Cons.* 99. *n.* 9. *Cujac. Cons.* 55. *n.* 47. *Argentraeus ad Brit. art.* 481. *gl.* 3. *n.* 7. *Posth. de Subhast. Insp.* 10. *n.* 34. *Hahn. ad Wes. tit. de bon. eor. n.* 4. *Berger. in Resol. ad eund. tit. pag.* 510. *& seq.* Et pro ea judicatum est in Curia Halberstadiensi in causa Reindorffscher **Kinder**, contra Marenholz, d. 9. Jul. 1705.

Equidem in eo cautus Judex esse debet, ut cognoscat simul, anne consultum sit, sub hasta rem vendi, quia, cum publice id fiat, non tam facile pupilli vel minores circumveniri possunt. Quin ipsi tutores & curatores sollicite id curabunt, ne de commissa culpa & negligentia postea conveniri queant. *Suev. d. Disp.* §. 19.

Qv. V. *An Emtor, qui ad restitutionem rei pupillaris ob defectum solennium condemnatur, teneatur ad fructus perceptos?*

Affirmatur. Nam cum emtio rei pupillaris, absque solennibus inita, sit ipso jure nulla, res restitui omnino debet cum fructibus perceptis, propter textum expressum in *L.* 16. *C. de Praed. & al. reb. min.*

Obstat neque, quod emtor bonæ fidei possessor sit, qui lucratur fructus perceptos, *L.* 48. *pr. ff. de A. R. D.* b. f. possessor enim in perceptio-

ptione fructuum idem jus habere dicitur, quod dominis tributum est *L.* 25. §. 1. *de Usur.*

Resp. Non omnis b. f. possessor lucratur fructus, sed ille saltem, qui bonam fidem & justum ac validum titulum habet, *per text. expr. in* §. 35. *Inst. de Rer. Div.* ibi: *si quis bona fide emerit, vel ex donatione aliave qualibet justa causa bona fide acceperit.* Unde nervose dicitur in *L.* 45. *de Usur.* uxoris non fieri fructus ex donatione, a marito facta, *sicuti nec cujuslibet bonae fidei possessoris*; cujus sensus est, uxorem forte bona fide fructus percepisse, at non quemlibet b. f. possessorem fructus percipere, sed eum, qui justum titulum habet, qualis non est, qui jure improbatur, uti inter conjuges titulus donationis, *d. L.* 45. venditio rerum Ecclesiasticarum, *L.* 14. §. 1. *C. de SS. Eccl. & Authentica subjecta*, venditio rerum domanialium, atque ita quoque venditio rerum pupilli, *d. L.* 16. *& Brunn. ad L.* 24. *C. de Praed. min.* item si uxor vendicat domum, sine curatore venditam, *Lynck. Cent. XI. dec. Jen.* 1653. paria enim sunt, titulum non esse, & jure non esse. *L.* 6. *ff. Qui sat. cog. Barbos. L.* 12. *c.* 31. *Ax.* 6. Sane justus titulus hic videri nequit, quia is, qui rem minoris, Ecclesiae, rem domanialem &c. emit, scire debet, absque solennitate id fieri non posse. Unde sponte sua fluit, justum hunc esse titulum, si emtor nesciat, esse rem pupilli, uxoris, domanialem &c. & tunc titulus omnino est validus, nec imputari potest emtori, quod talem rem emerit, utpote cum ejus qualitatem juste ignoraverit. Idque diserte ita traditur in *L.* 48. *pr. de A. R. D.*

Pro regula initio hujus quaestionis posita, Curia Halberstadiensis ter judicavit in causa Olthoff, contra Delium, d. 31. Oct. 1699. d. 8. Sept. 1701. d. 6. Nov. 1704. d. 9. Jul. 1705. & bis quoque in causa Sandau contra Hanemüllern, item in causa Schlüters, contra Aitzen Erben, d. 21. Martii, 1709.

Qu. VI. *An emtor rei pupillaris, decreta restitutione, teneatur ad fructus percipiendos?*

Negatur: Quia bonae fidei possessor fructus percipiendos nunquam restituit, sed saltem malae fidei possessor, *L.* 1. *in f. C. de Fid. & Jur. hast.* §. 2. *Inst. de Off. Jud.* nisi post litem contestatam; nam tunc omnis possessor incipit esse in mala fide, *L.* 20. §. 11. *ff. de Pet. haer. l.* 23. *l.* 40. *de A. R. D.* Atque ita in contradictorio Halberstadii judicatum in causo Olthoff, contra Delium, d. 6. Nov. 1704. eaque sententia confirmata est d. 9. Jul. 1705. Ita quoque decisum in causa Beyer, contra Beyern, in

in puncto **der Oelmühle**, d. 12. Dec. 1701. item in causa **Schlüters**, contra **Aitzen Erben**, d. 21. Jul. 1707. & in primis in ejus confirmatoria d. 21. Mart. 1709.

QV. VII. *An Alienatio praedii minoris convalescat, si minor major factus consentiat?*

Laut. pag. 479. verb. convalescit tamen &c.

RESP. Alienatio prædii minoris convalescit, si minor major factus consentiat. Ubi bene distinguendum, an contractus *subsistat*, uti si minor se in contractu læsum dicat, & sic restitutionem petat: an vero contractus sit *ipso jure nullus*, forte propter defectum solennium, & sic minor petat nullum declarari negotium.

ILLO casu tum per ratihabitionem expressam, *L.* 1. *L.* 2. *Si maj. fact.* tum per lapsum quadriennii, ex momento majorennitatis (sit venia verbo), computandi, restitutio tollitur, *L. f. C. de Temp. in integr. restit. Laut. p.* 84. eoque negotium confirmatur. *Hoc* casu itidem alienatio convalescit, si ratihabeat expresse, *d. L.* 1. *L.* 2. sed & præterea lapsu quinquennii, si ex titulo oneroso, & X. vel XX. annis, si ex titulo lucrativo alienatio facta sit. *Laut. p.* 479.

At bene notandum, fallere hanc posteriorem regulam (1) si non ipse minor cum suo Curatore alienavit, sed aliquis tertius, v. g. mater, vel Curator solus, non adhibito minoris consensu, rem distrahit, indeque minor nullitatem commissam nescit. *Brunn. ad d. L. f. C. de Temp. in integr. restit.* Nam ideo lapsu quinquennii alienatio rei minoris convalescit, quia, si tanto tempore minor eam non revocat, suum & Curatoris sui factum ratihabere censetur: quæ ratio cessat, si ipse ignoret illam nullitatem commissam. Et cum major alienationem rei suæ a tertio factam intra 30. annos revocare & nullam dicere possit, nedum minoribus a die alienationis illud spatium tribuendum erit. *Brunn. d. l.* Idem quoque dicendum, si minor ignoraverit contractus qualitatem. *L.* 55. *de Ædil. ed. Brunn. ad d. L.* 1. *n.* 4.

Fallit quoque illa regula (2) si nullitas ex alio capite allegetur, forte, quod mater vel alius tertius rem alienet tanquam suam; tunc enim minori competit rei vindicatio, quæ non nisi 30. annis finitur. *Brunn. ad d. L. fin.*

Atque ita Halberstadii judicatum in causa **Saudau**, contra **Hanemüllern**, d. 29. Oct. 1705. quæ sententia confirmata fuit d. 31. Mart. 1707.

LIB.

LIB. XXVII. TIT. X.

DE

CURATORIBUS ET CURA.

Qv. I. *An cura recte dividatur in testamentariam, legitimam & dativam?*

Resp. Cura originarie & sua natura non est nisi dativa: Jure Naturæ enim & Civili puberi potestas legitima gerendi res suas competiit, ut majori: nec lex dedit ei curatorem, nec permisit a testatore dari, nec supplet vices gerendi, qui non abstulit; non ergo datur legitima vel testamentaria cura. *Dissent. Laut. pag.* 480. verb. *ratione causæ efficientis.*

Prætor demum in minoris favorem curatore dato aufert ei administrationem, & huic confert, adeo, ut sine eo gerere nequeat, & licet Prætor soleat sequi voluntatem testatoris, tamen non valet cura ex testamento, sed ex confirmatione, adeoque ex datione. §. 1. *Inst. h. t.* Hinc & decretum & satisdatio hodie requiritur. *R. I. de ann.* 1548. & 1577. *tit.* 32.

Insto: quod tamen cura legitima sit furiosorum.

Resp. Uti cura minorum semper est dativa, nunquam legitima, sic cura furiosorum semper est legitima, nunquam testamentaria.

Qv. II. *An minoribus etiam invitis & non petentibus curator constitui possit?*

Negatur, *L.* 13. §. 2. *de Tut. & cur. dat.* verb. *desiderantibus* & §. 2. *Inst. de curat.* ibi: *inviti adolescentes curatorem non accipiunt.* Nam Jure Civili quoque plenissimam administrandi facultatem habent, quæ eis auferri non potest: & cum id singulare sit, quod ad lites curatorem accipere debeant, *d.* §. 2. *L.* 3. §. 2. *de Tutel.* hæc exceptio firmat regulam in casibus non exceptis. *Laut. pag.* 481. verb. *non tamen invitis &c.*

Obj. (1) *L.* 7. §. 2. *de Min.* ibi: *Compellere adolescentem ad petendos sibi curatores.*

Resp. Singulare est in solutione pupillo facienda, quia enim minor dissipans pecuniam, sibi solutam, restituitur, creditor non solvere tenetur minori, nisi adhibito curatore, adeoque vel deponere potest pecuniam, vel compellere adolescentem, ut curatorem petat. *d. L.* 7. §. 2.

Obj. (2) *L.* 2. §. 4. *ff. qui pet. cur.* ibi: *Curatores autem minores sibi ipsis petent.*

Resp. Si volunt habere curatorem, ipsi petunt.

Obj. (3) *L.* 1. §. 3. *de Min.* ibi: *& ideo in hanc usque ætatem* (i. e. viginti quinque annos) *adolescentes curatorum auxilio reguntur.*

Resp. Hoc intelligendum de minoribus, qui semel curatorem acceperunt; tunc enim ab eo liberari nequeunt, usque ad illam ætatem. *Goth. ad d. L.* 1.

Obj. (4) *L.* 2. *& t. t. C. de His, qui ven. æt.* ubi omnes adolescentes tunc demum bona sua gubernare possunt, si veniam ætatis impetraverint.

Resp. Supponitur casus, ubi minor curatorem habet; quia si non habet, non opus est veniæ impetratione.

Hodie id mutatum ait *Laut. h. & Bas. ad L.* 6. §. *de tut. Harpr. ad* §. 2. *Inst. de Cur. n.* 16. per *R. I. de ann.* 1548. §. 31. *& R. I. de ann.* 1577. *tit.* 32. Verum id ibi non dicitur, sed Statibus saltem injungitur, ut ipsi magistratibus suis curam minorum inculcent, ut his curatores constituantur; quod explicandum ex Jure Civili, si scilicet velint. Sane Jure Saxonico invito non datur. Land: R. *L.* 1. *art.* 42. §. 1.

Qv. III. *An prodigus demum sit, qui per sententiam judicis talis declaratur?*

Laut. pag. 481. verb. *declaratoriam.*

Affirmatur: Quia, an prodigus sit, facti & quidem in se indefiniti est: magistratus ergo definire debet, an sit talis homo, qui neque modum; neque finem expensarum novit. Conf. *L.* 18. *pr.* ibi: *is, cui lege interdictum est &c. ff. Qui test. fac.* Hoc decreto ipsa potestate legis est in potestate agnatorum, ad instar furiosi, etsi decreto id additum non sit.

Obj. *L.* 1. *pr. de Cur. fur.* ubi prodigi ipso jure & *L. L.* 12. *tabb.* dicuntur esse in potestate curatoris: adeoque non opus videtur declaratione Prætoris.

Resp. Prodigi ipso jure sunt sub cura agnatorum, sed an prodigus sit, prius a Prætore definiri debet.

Insto, quod in *L.* 6. *L.* 16. §. 1. *de Cur. fur.* magistratus curatorem dare, & in *L.* 27. *pr. de Min. L.* 9. §. 7. *de R. C. L.* 17. §. *f. de Tut. & cur. dat. L.* 10. *pr. de Cur. fur.* bonis interdicere dicatur.

Resp.

Resp. Prætor dat, dum interdicit, & interdicit, dum prodigum aliquem declarat.

Qu. IV. *An hoc singulare sit, quod curator furiosi possit adire hæreditatem?*

Putat hoc autor: sed idem est in tutore infantis, qui etiam solus adit, omniaque solus agit. *L. f.* §. 3. *de bon. quæ lib.* *L.* 18. §. 4. *in fin. C. de Jur. del.* At si in furore vel infantia decesserint, habetur, ac si nunquam adiissent, & non succedunt horum agnati, sed ii, qui successuri fuissent, hæreditate non adita. *L.* 7. §. 7. *C. de Cur. fur.* *L.* 18. *C. de Jur. del.* Furiosus sanæ mentis factus repudiare potest, *d. L.* 7. §. 7. Infans itidem, *L.* 5. *C. de Jur. del.* *Laut. pag.* 482. verb. *Quod hic singulare &c.*

Qu. V. *An minor naturaliter obligetur?*

Resp. Si curatorem non habet, etiam civiliter obligatur: sed curatore dato, Prætor ei aufert administrationem, *L.* 3. *C. de Rest. in integr.* & tum nec naturaliter obligatur. *Laut. pag.* 482. verb. *ergo nec naturaliter &c.*

Obj. *L.* 101. *de V. O.*

Resp. Ibi pupillus non de novo se obligat, sed per stipulationem id, quod antea debeat, saltem confirmat. Conf. *late supr. Tit. de pact. q.* 31.

Qu. VI. *An proximi agnati teneantur, alere furiosum?*

Negatur: Nec tale onus sine lege alicui imponi, aliisque jus quæsitum auferri potest. Sane furioso in agnatorum bonis nihil juris est: debent igitur hujusmodi furiosi, si pauperes sint, publice ali. *Dissent. Laut. Pag.* 482. verb. *proximi agnati &c.*

Obj. (1) *L.* 73. §. 1. *de Jur. dot.* ubi dos reddenda mulieri, stante matrimonio, ut se suosque alat.

Resp. (1) *Sui* hic intelliguntur parentes & fratres, non quilibet agnati.

Resp. (2) Reddenda, si uxor id petat, non ergo invita repetere cogitur.

Obj. (2) *L.* 13. *h.* *L.* 14. *de Off. Præs.*

Resp. Nihil de alimentis dicitur.

Qu. VII. *An cum actione hac utili tutelæ concurrat actio negotiorum gestorum?*

Negatur: Quia hæc tantum datur, cum quis ultro suscipit negotia absentis aut ignorantis, non ergo locum habet, cum quis invitus præ- *Dissent. Laut. pag.* 482. verb. *concurrit &*

ſentis minoris negotia gerere tenetur: niſi forte deficiat actio tutelæ utilis, tunc enim datur ſubſidiaria illa negotiorum geſtorum actio. Vid. *L.* 26. *de Adm. tut. L.* 4. *in fin. de Tut. & rat. diſtr.*

LIB. XXVIII. TIT. I.

QUI TESTAMENTA FACERE POSSUNT.

Qv. I. *An teſtamenta ſint Juris Gentium?*

Diſſent. Laut. pag. 483. verb. *origine eſt J. G.*

NEGATUR: (1) Quia deportatus, qui tamen retinet ea, quæ Juris Gentium ſunt, non poteſt teſtari. *L.* 1. *C. de Hær. inſt. l.* 2. *C. de Bon. Poſſ.* (2) Quia eſt diſpoſitio, quæ poſt mortem incipit, quod contra Jus Gentium eſt, quo jus diſponendi morte non incipit, ſed finitur. (3) Eo Jure nemo poteſt diſponere de bonis, quæ non amplius ipſius ſunt, uti poſt mortem. (4) Duo naturæ contraria occurrunt diſpoſitione: (α) quod ad juris translationem unius diſpoſitio valeat; (β) quod jus hoc incipiat poſt mortem. (5) Juræ naturæ in omni diſpoſitione de transferendo jure duorum conſenſus requiritur; in teſtamentis autem nullum tempus eſt, in quo conſenſus utriusque concurrit: non vivo teſtatore; quia ibi deficiebat acceptatio hæredis: nec tempore additionis, quia ibi deficiebat conſenſus defuncti. Denique & (6) tota teſtamenti ratio conſiſtit in nudo figmento, quod ſcilicet tempus confecti teſtamenti, tempus mortis teſtatoris, & tempus aditionis conjungantur, & ſic tam confectio teſtamenti, quam aditio hæreditatis in momento mortis contigiſſe fingantur, fictiones vero ſunt Juris Civilis.

OBJ. (1) Quod etiam naturali ratione valeat diſpoſitio, qua quis alienat omnia ſua bona in tempus mortis cum lege revocandi.

RESP. Valet quidem hæc diſpoſitio, ſed tunc non eſt teſtamentum, quod unius conſenſu fit, & ab altero demum poſt mortem acceptatur: Verum erit tunc translatio bonorum & actus inter vivos utriusque conſenſu perfectus. Unde ſtatim jus quæſitum eſt parti, at ſub conditione: *niſi revocaverit dominus.*

OBJ. (2) Quod ſubſtantia teſtamenti cognata ſit dominio: quæ eſt ratio *Struv. Ex.* 32. *th.* 9. *& Grot. de J. bell. & pac. L.* 2. *c.* 6. §. 14. *num.* 1. Domina autem ſunt ex Jure Gentium.

RESP.

Resp Imo dantur etiam modi acquirendi Juris Civilis, inter quos teſtamenta, etiam a Juſtiniano, referuntur. (2) Subſtantia teſtamenti conſiſtit in diſpoſitione de transferendo dominio poſt mortem, hæc ſubſtantia adeo non eſt cognata dominio: ut naturali ratione dominium ejusmodi diſpoſitione non transferatur, quia omnis diſpoſitio de dominio morte tollitur.

Obj. (3) Quod hic mos teſtandi inter omnes gentes ſit receptus, uti exempla late cumulat. *Grot. L. 2. c. 6. §. 14. n. 1.* item *L. 1. c. 4. §. 12. & L. 1. c. 3. §. 12. n. 3. & §. 13. & ibi Tesm. lit. f. & g.*

Resp. (1) Gentes hunc modum diſponendi ob ſummam ejus utilitatem imitati ſunt, adeoque valet etiam inter gentes, ut Jus Civile.

Resp. (2) De regnis nunquam effectum habuere teſtamenta, niſi quod ſucceſſores ultro aliquando ultimæ voluntati defuncti paruerint.

Resp. (3) Dicuntur teſtamenta, ſed revera ſunt diſpoſitiones inter vivos præſentibus liberis perfectæ: & huc pertinent exempla Abrahæ, Jacobi, Hiskiæ, &c.

Plenius hanc materiam ex Dni Parentis Principiis illuſtravit amantiſſimus frater S. R. M. Boruſſ. Conſiliarius intimus ac Regii Dicaſterii Magdeburgenſis Conſiliarius, in *Diſſertatione de Teſtamentis Principum.* Quem poſtea ſecutus eſt Illuſtris Thomaſius in *Diſp. de Origine teſtamentorum. Argentraeus not. ad. Conſuet. Burg. art. 266. n. 18. ſeq. & Dd. apud. Wiſſenb. h. §. 9. in fin.* Quanquam diſſentiant Dd. communiter. Vid. *Grot. de Jur. bell. & pac. L. 2. c. 16. §. 14. ſeq. & Struv. d. Ex. 32. th. 9. Wiſſenb. ff. h. th. 9.*

Qv. II. *An, ut valeat teſtamentum, ſufficiat, teſtatorem habilem fuiſſe tempore facti teſtamenti?*

Resp. Præmittendum eſt, *aliam* eſſe habilitatem, quæ perſonam ipſam conſtituit, & eſſentialis eſt; *aliam* vero eſſe accidentalem, quæ perſonæ ſaltem adminiſtrationem concernit. ILLA ſi deficit, neceſſario quoque teſtamentum deficit, quia alia & mutata perſona videtur, & proinde tempore mortis non intelligitur eſſe mortui ultima voluntas, ſed alterius, qui ante fuit: HÆC ſi deficit, non tollit jus ſemel quæſitum, nec negotium ſemel rite geſtum. Neque enim ſtatus perſonæ, nec bonorum mutatur: neque jus ipſum in bona, ſed tantum adminiſtratio minuitur. De *Priori* inhabilitate agitur in *L. 8. & 9. h.* ubi eorum, qui banniti, deportati, ad beſtias damnati &c. ſunt, teſtamentum non valet, quod ante fecere: De *poſteriori* in-

Diſſent. Laut. pag. 483. verb. habilitas requiritur.

inhabilitate agitur in *L.* 1. *§.* 9. *de Bon. poss. secund. tab.* ubi testamentum rite factum valet, etiamsi testator postea furiosus fiat, adeoque tempore mortis testamenti factionem amittat. Idem dicitur de eo, qui prodigus, facto semel testamento, declaratur, *L.* 18. *pr. h. Prior* enim inhabilitas personæ & bonorum statum tollit, *posterior* non nisi administrationem.

Qv. III. *An surdi natura testari possint?*

Laut. pag. 484. verb. *surdi &c.*

RESP. Est hæc quæstio facti, & eo recedit, num surdi natura, qui nihil percipiunt, nec audiunt, negotia addiscere & distinguere possint. Sane ita quidem assuefieri possunt, ut corpora oculis exposita indiciis ostendere queant: at formas negotiorum ipsis describere, & solennitates intrinsecas, quæ videri nequeunt, actionibus ostendere, & quod post mortem id velle debeant, indiciis docere &c. impossibile est. Ut proinde tuto asseramus, surdos natura negotium hoc testamentarium, quod in solennitatibus, forma juris, & fictionibus consistit, non intelligere, proinde nec testamentum condere posse.

OBJ. (1) *L.* 7. *ff. h.* ubi valet testamentum surdi, si a Principe impetraverit, ut liceret sibi testamentum facere.

RESP. Intelligendus est textus de surdis, qui, quid sit testamentum, intelligunt, adeoque non de natura surdis, sed de surdis ex vitio, morbo &c. Sane frustranea hæc concessio Principis foret, quæ effectum habere in eo non potest, qui negotia testamentaria ignorat.

OBJ. (2) *L.* 10. *C. h.* ubi Justinianus ait, surdum natura neminem esse, quin, qui super cerebrum ejus quis loquatur, non audiat; indeque nihil tamen prohibere, quo minus omnia, quæ voluerit, indeque & testamentum facere.

RESP. Supponitur ibi casus, ubi surdus, qui testamentum facit, supra cerebrum audire potest, deque eo constet, quod suppositum, cum merum commentum sit, & ad impossibilia pertineat, effectum in vita humana habere non poterit. Add. *Vinn. Vigl. & Bachov. ad §.* 3. *Inst. Quib. non est perm.*

Usu fori certum est, surdum natura testari non posse, propter *Ord. Not. de ann.* 1512. *tit.* 1. §. 4. ibi: Daß die, so Testamente machen, mit verständlichen Worten reden, oder aber schreiben können, denn welcher deren keines könnte, der wird einem Todten gleich geacht, und kann kein Testament machen. Quamquam *Brunn. ad d. L.* 10. *n.* 7. *seq.* existimet, talem ca-

casum dari, ubi surdus & mutus natura, negotia intelligat, exemplumque civis bibliopegi Francofurtensis refert.

Idem est in surdo milite, qui testamentum militare condit. Nam, cum surdi milites esse prohibeantur, *L.* 4. *de Test. mil.* frustra de eorum testamento quæritur.

DISSENTIT *Brunn. ad d. L.* 10. *n.* 4. propter §. 2. *de Mil. test.*

RESP. Cum surdi natura milites esse nequeant, *d. L.* 4. apparet, textum illum loqui de surdo, qui in militia talis factus est.

Qv. IV. *An ultimo supplicio damnati hodie testamenta facere possint?*

AFFIRM. (1) Quia tota ratio, quæ eos Jure Civili prohibebat, hodie cessat; nam ideo testamenti factionem non habebant, quia capitis damnati maximam patiebantur capitis diminutionem, civitatem & libertatem amittebant, omniaque bona eorum publicabantur. *L.* 29. *ff. de Poen. L.* 8. §. *f. h. t.* Hodie autem nec status personæ, nec bonorum mutatur, nec supplicia sunt species capitis diminutionis, (quippe quod jam jure Novellarum mutatum erat, *Nov.* 22. *c.* 8. *Nov.* 134. *c. fin.*) sed bona indubie ad quosvis damnatorum hæredes transeunt. *d. Nov.* 134. *c. f. Ord. Crim. art.* 221. Et cum (2) in *d. Ord. Crim.* saltem excipiatur crimen læsæ majestatis, hæc exceptio firmat regulam in casibus non exceptis. Atque ita (3) praxi obtinere, testantur *Richt. & Carpz. apud. Laut. d. l. Wissenb. ff. h. tit.* 17. *ibi late Dd.* *Dissent. Laut. pag.* 484. verb. *quod nec hodie &c.*

Qv. V. *An filiusfam. possit consensu patris testari de bonis adventitiis extraordinariis?*

NEGATUR: (1) Quia is, qui in potestate parentis est, testamenti faciendi jus non habet, adeo, ut quamvis pater ei permittat, nihilo magis tamen jure testari possit. *L.* 6. *pr. ff. h. L.* 3. §. 1. *L.* 11. *C. eod.* Nam (2) testamentum est dispositio de familia, (ex Legibus XII. Tabb. *Uti paterfamilias legasset super familia pecuniave sua, ita jus esto, Goth. ad L.* 120. *de V. S. lit. t.*) quam filius non habet. Non enim (3) jus familiæ filio conceditur per actus illos privatos, quibus quæruntur bona adventitia. Neque (4) hic est universitas patrimonii, sed res singularis; indeque testamentum, quod continet dispositionem de universitate patrimonii, de illis bonis fieri non potest. Neque (5) Pater privato consensu hæc jura publica legis autoritate munita tribuere potest. Idque (6) tradunt *Laut. p.* 259. & *p.* 484. *ibique Dd.* *Laut. pag.* 484. verb. *testanti de peculio.*

OBJ.

Obj. (1) Quod teſtamenta ſint juris publici, *l.* 3. *h.* in quibus cauſis filiusfamilias habetur pro patref. *L.* 9. *de His, qui ſui jur. ſunt.*

Resp. (1) Etſi teſtamenta ſint juris publici, tamen bona privata ſunt, & ex privatis cauſis quæſita, nec diſpoſitio de illis eſt cauſa vere publica, ſed dicitur tantum juris publici ratione formæ, quæ jure publico definita, nec in arbitrio privatorum eſt; Filiusfamilias autem non habetur pro patrefamilias, niſi ipſa cauſa vel munus publicum ſit, non ubi cauſa privata ſaltem quoad formam juris publici eſt.

Resp. (2) Regula illa dictæ *Legis* 9. fallit in teſtamentis; quia ibi requiritur, ut is, qui teſtamentum condit, habeat familiam, *d. L.* 120. *de V. S.* i. e. univerſitatem quandam patrimonii, ſeu complexum quendam omnium jurium; certum autem eſt, talem familiam filium non habere.

Obj. (2) *L.* 8. §. 5. *verſ. filiisfam. &c. C. de Bon. quae lib.* ubi filiif. *duntaxat* in bonis, quorum uſusfructus apud parentes conſtitutus eſt, teſtari prohibentur: ergo in reliquis bonis, quorum uſusfructus apud parentes conſtitutus non eſt, adeoque & in adventitiis extraordinariis, teſtari poterunt.

Resp. Verum eſt, modum loquendi in *d. L.* 8. dubium eſſe, & ſtatim poſt ejus publicationem viſum fuiſſe, quod filiisfam. in rebus, quæ pleno jure ad eos pertinent, teſtamenta facere nova hac lege permiſſum fuerit. Unde quoque Juſtiniano e re viſum fuit, *Legem* illam declarare, inque eum finem conſtitutionem in *L.* 11. *C. Qui teſt. fac. poſſ.* promulgavit, declaravitque, nova illa *Lege* non permiſſum eſſe filiisf. in rebus, quæ parentibus acquiri non poſſunt, teſtamentum facere, ſed antiquam *Legem* conſervandam eſſe, *quae filiisf. niſi in certis caſibus, teſtamenta facere nullo modo concedit.*

Obj. (3) *Nov.* 117. *c.* 1. §. 1. ibi: *Licet ſub poteſtate ſint, licentiam habeant, quo volunt modo diſponere.*

Resp. Non loquitur de diſpoſitione, quæ fit per teſtamentum, ſed de tali, quæ fit inter vivos, *tum* quia in hac diſpoſitione minoribus curator datur, qui non accedit teſtamentis, & gubernatio ipſis præſcribitur, donec ad plenam ætatem pervenerint, quæ non pertinet ad ultimas voluntates; *tum* ex voce græca διοικεῖν, quæ in fonte invenitur, & ſignificat diſpoſitionem inter vivos, teſtari enim græcis eſt διατίθεσθαι.

Obj.

Obj. (4) *Nov.* 115. *c.* 4. ubi filiif. teſtantur, quod nec de caſtrenſibus intelligi poteſt, nec de quaſi caſtrenſibus, utpote in quibus non eſt locus querelæ inofficioſi teſtamenti. *L. f. C. h. L. f. C. de Inoff. teſt. Laut. p.* 108.

Resp. Non ibi quæritur, an filiif. teſtari poſſint, ſed, cum faciunt teſtamentum, (ergo ſupponitur caſus, ubi poſſunt), quibus ex cauſis parentes excludere queant.

Obj. (5) *L.* 7. *C. de Bon. quae lib. L.* 50. *ad SCt. Treb. L. fin. C. de Collat.* in quibus peculium adventitium extraordinarium perpetuo comparatur cum peculio caſtrenſi.

Resp. Comparantur in eo, quod pleno jure id habeant, nec uſusfructus patri acquiratur; non vero, quod teſtari poſſint. Sed & *d. L.* 7. agit de peculio quaſi caſtrenſi; quia quod princeps donat ex cauſa publica, filio acquiritur.

Obj. (6) *Nov.* 22. *c.* 26. *verſ. Si vero &c.* ubi filii teſtantur.

Resp. Patre ibi mortuo.

Obj. (7) Filius poteſt de hoc peculio mortis cauſa donare. *L.* 35. §. 3. *de Mort. cauſ. don.* At quibus licet inter vivos diſponere, illis multo magis licet teſtari. *L. un. C. de Leg. Fuſ. Can. toll.*

Resp. Hæc ſubſumtio vera eſt ratione rerum, non ratione perſonæ & actus. Res facilius teſtamento alienari poſſunt, perſona magis capax eſt inter vivos agendi, & actus ipſe facilius permittitur: adeoque *res*, quæ inter vivos donari poſſunt, multo magis per ultimam voluntatem relinqui poterunt; at *perſona*, quæ ita donare poteſt, non etiam poterit teſtari; ibi enim præterea requiritur, ut & familiam habeat.

Qu. VI. *An teſtamentum, a filiofam. factum, valeat ut mortis cauſa donatio, ſi addita ſit clauſula codicillaris?*

Negatur: (1) Quia forma donationis mortis cauſa deficit, quæ non fit ab uno, ſed inter duos; (2) quia clauſula codicillaris non operatur, niſi forma codicilli adſit, quæ hic deficit; (3) quia totum teſtamentum eſt ipſo jure nullum, cum perſona teſtandi capax non ſit, adeoque nec clauſula ei inſerta valere poteſt, quæ corruit cum toto; (4) nec poteſt fieri in teſtamento donatio, niſi donatarius acceptet. *Laut. pag.* 484. verb. *aut clauſula &c.*

Vid. *Laut. h. p.* 484. Diſſentit *Vigl. Inſt. Quib. non eſt perm. n.* 10. *Vinn. ibid. n.* 3. *Fach. L.* 5. *c.* 64. *Theſſ. dec.* 150.

Qv. VII. *An teſtamenta poſſint fieri per intermediam perſonam?*

Laut. pag. 485. verb. *etiam per intermediam &c.*

Diſtinguunt Dd. an ipſe teſtator dictet teſtamentum, an alius: illo caſu ſufficere, ſi finito ſermone Notarius roget teſtatorem, num hæc ejus ſit voluntas, & hic id affirmet. Hoc caſu non ſufficere teſtatoris affirmationem ajunt, niſi aliunde appareat, eam eſſe hujus voluntatem. Vid. *L.* 8. *verſ. & in &c. C. h. L.* 12. *C. eod. Gabr. L.* 4. *tit. de teſtam. concl.* 2. *n.* 10. 17. & 19. *Caſtrenſ. in L.* 8. *verſ. at cum humana &c. C. h. t.* Sed in omnia ejus verba conſentire, & eam eſſe ſuam ultimam voluntatem, declarare debet. *Laut. p.* 485 *ibique Carpz. P.* 3. *c.* 3. *d.* 27. & *p.* 3. *Dec.* 293.

Hinc jam apparet, nec valere teſtamentum ad meram alterius interrogationem, niſi præceſſerit diſpoſitio teſtatoris, alias hæc non hujus, ſed tertii eſſet voluntas, cui teſtator tantum conſentiret, & ita revera ab alterius arbitrio dependeret, contra *Leg.* 32. *ff. de Hær. inſt.* Vid. *Sand. L.* 4. *tit.* 1. *def.* 11. *Add. Gabr. Comm. concl. d. l.* Id ergo neceſſe eſt, ut teſtator interroganti id antea dixerit, vel juſſerit, deque eo conſtet. *Sand. d. l.*

Qv. VIII. *Quid requiratur ad teſtamentum judiciale?*

Laut. pag. 485. verb. (2) *teſtamentum &c.*

Resp. Requiritur, ut *in judicio* judex cum actuario præſens ſit, & præſens teſtator offerat, *L.* 18 *L* 19. *C. de Teſtam. Carpz. p.* 3. *c.* 3. *d.* 15. *extra judicium* duo Scabini, non privati, cum actuario mitti debent.

Non ergo valet coram uno Scabino & actuario, *dict. c.* 3. *def.* 18. niſi uſu loci aliter ſit receptum. *ibid. def.* 19. Nec coram pluribus privatis, etſi a judice ablegatis. *ibid. def.* 18.

Not. 1. Sufficit quilibet judex, qui habet mixtum imperium. *L.* 19. *C. h.* Non ergo Scultetus cum Scabinis, niſi in ſpecie hæc facultas iis ſit conceſſa. *Carpz. d. c.* 3. *def.* 21. At nobilis coram ſuo judicio poteſt. *Carpz. d. c.* 3. *c.* 14.

Not. 2. An coram Judice valet vocato extra locum territorii? Vid. *Carpz. p.* 3. *d.* 293.

Qv. IX. *An plures in uno teſtamento teſtari poſſint?*

Laut. pag. 486. verb. & *plures &c.*

Affirmatur, Nam vel duo *ſimul* de communi hæreditate diſponunt, tunc perinde eſt, ac ſi una perſona teſtetur; quia ſuam voluntatem exprimunt, & talia fere ſunt teſtamenta inter conjuges: inprimis quia unusquisque videtur pro indiviſo diſponere de omnibus bonis, & quidem de ſua parte,

parte tanquam de hæreditate, quæ non poteſt committi alterius arbitrio, de reliquis, tanquam de ſingulis, *L.* 27. §. 10. *ad SCt. Treb.* neque unius voluntate id videtur rumpi poſſe.

Sed ſi quisque *ſeorſim* de ſuis diſponat, videtur obſtare, quod neuter actus ſit continuus, quia alterius teſtantis actus intercedit, qui non pertinet ad actum alterius. *L.* 21. §. *f. h.* Sed contra: ſi antea voluntas utriusque conſcripta ſit, & unus vel tertius nomine utriusque præſentis dicat, hanc eſſe utriusque voluntatem, & ſic ſequantur ſubſcriptiones teſtium &c. ne ex rigore quidem juris videtur continuitas rupta. *L.* 21. *C. h.* Sed & licet id non fiat, & videatur aliquid interveniſſe, tamen id modicum cum ſit, nihil impedit. *L.* 28. *C. h.*

Qv. X. *An teſtamentum contractu interrumpatur?*

AFFIRM. Quia eſt actus, ab ultima voluntate penitus diſtinctus, qui proinde continentiam actus interrumpit. *Laut. pag. 486.* verb. *hinc interrumpitur &c.*

OBJ. *L.* 26. *ff. de Pign. act.* ubi pignus teſtamento relinqui poteſt.

RESP. Pignus vel per contractum, vel per ultimam voluntatem conſtituitur, hoc caſu legatum erit, non contractus, indeque tanquam pars teſtamenti ejus continentiam non rumpit.

Moribus mutatum id non apparet, etſi diſſentiant *Carpz. p.* 3. *c.* 5. *d.* 30. *ibique Dd.* Add. *Hub. tit. Inſt. de Teſt. ord. n.* 9.

Qv. XI. *An teſtes videre teſtatorem debeant?*

RESP. Præciſe id opus non eſt: Sufficit enim, ſi indubie norint teſtatorem præſentem, & in eorum poteſtate eſſe, ipſum videre, §. 3. *h.* id enim excludit omnem ſuſpicionem. *L.* 20. §. *p. h.* Sane tunc culpa teſtium eſſet, non videre, quæ hæredi inſtituto &c. nocere non debet. *Laut. pag.* 486. verb. *videntibus &c.*

OBJ. *L.* 9. *C. h.*

RESP. Verum eſt, quod negotium ipſum in conſpectu teſtatoris fieri debeat, non vero teſtium: Et in conſpectu eſt in præſentia, nam & cœcus teſtari poteſt. *L.* 8. *C. h.* Denique in conſpectu fit, ſi poſſunt videre, etſi non videant; fieri enim poteſt, ut teſtator æger lumen ferre non poſſit, indeque vela obducta habeat: hoc caſu teſtes ſi ſuſpicio quædam militet, accedere ad lectum & videre loquentem poſſunt, ſi non faciant, ipſorum hæc culpa eſt.

Non igitur valet teſtamentum, ſi paries intermedius ſit, *Brunn. ad L.* 9. *C. de Teſt.* tunc enim præſens non eſt: idque verum eſt, etſi tempore peſtis teſtamentum fiat. *Brunn. d. l.* Non tamen neceſſe eſt, ut tum teſtator vel ante feneſtram, vel in Plateam feratur uti putat *Brunn. d. l.*

Exemplum, ubi mulier mortuo marito alium ſuppoſuit, qui eam inſtituit, refert *Clar.* §. *Teſtam. q.* 59. *Carpz. Prax. Crim. q.* 39. *n.* 32.

Qu. XII. *An hodie quoque in teſtamento ſeptem requirantur teſtes?*

Laut. pag. 486. *verb. Jus Civ. hodie &c.*

AFFIRMATUR, Vid. *R. I. de ann.* 1512.

Jus Canonicum tamen præfertur in piis cauſis, & in Belgio, ubi ratio allegatur, quam Servator dedit, quod in ore duorum veritas conſiſtere debeat. Sed ratio hæc male ad teſtamenta applicatur; teſtes enim hi non ſunt ad veritatem dicendam, (nam, ubi lis oritur, non probatur per hos, ſed per idoneos & non ſuſpectos teſtes,) ſed adhibentur ad ſolennitates implendas, quæ rite adhibitæ ipſo facto probationem ejus, quod geſtum eſt, continent, donec aliud probetur: Et ſingulare eſt in ruſtico teſtamento, in quo Jure communi teſtes deponunt, licet tunc demum, cum nulli literati adfuere. *L. f.* §. *f. C. h.* Neque hoc quoque neceſſe eſt, quia omnes præmori poſſunt, nec tamen teſtamentum invalidum fit: ſed & quæſtio apud Servatorem ſaltem fuit de uno, an unus ſufficiat, quod negatur, & dicitur, requiri ad minimum duos vel tres, quo ipſo non excluduntur plures, ſi ex ratione Juris Civilis plures teſtes neceſſarii videntur; nam cum teſtamentum ſit beneficium Juris Civilis, non valet, niſi ſub forma ſua.

Qu. XIII. *Quinam ſint teſtes idonei in teſtamento?*

Laut. pag. 486. *verb. idoneis &c.*

RESP. Cum quibus utraque eſt teſtamenti factio, §. 6. *Inſt. h. Hyp. Inſt. h.* §. 7. *ſeq.* ſola enim paſſiva non ſufficit; quia furioſi capere quidem poſſunt ex teſtamento, non tamen teſtes ſunt habiles.

Exc. (1) Perſonas, quæ, licet utraque cum iis teſtamenti factio ſit, ob vitium tamen corporis aut animi, aut ſpecialem Juris rationem, ab hoc teſtimonio excluduntur. Ita enim mutus & ſurdus, idem cœcus, certo modo utramque teſtamenti factionem habent, *L.* 10. *C. h. L.* 8. *C. eod.* §. 4. *Inſt. h.* & tamen teſtes eſſe nequeunt. §. 6. *Inſt. h. L.* 26. *ff. h.* Ita mulier, quia Comitiis intereſſe non poterat, habilis teſtis non eſt. *d.* §. 6. *Hyp. Inſt. d. l.*

Exc. (2) Illos, qui vel cum teſtatore, vel cum hærede pro eadem perſona habentur; nam cum inter teſtatorem & hæredem geratur negotium, non poſſunt eſſe teſtes in proprio negotio, aut ſibi ipſi, adeo-

adeoque nec illi, qui eadem cum ipſis perſona ſunt, uti alterutrius liberi, pater, avi paterni &c. §. 10. *Inſt. h. Laut. p.* 486. *in fin. Hyp. Inſt. d. l.*

Ubi tamen bene notandum, hos teſtes non excludi ob ſuſpicionem, ſed ob unitatem perſonæ, quæ ex patria poteſtate oritur, §. 9. *h.* hac ergo per emancipationem, vel alias ceſſante, teſtes eſſe poſſunt. *§.* 8. *& ſeq. h. L.* 20. *pr. h. R. I. de ann.* 1512. *Laut. p.* 487. *pr.* Nec cauſa ſuſpicionis eſſe poteſt; quia non ſtatur eorum depoſitione in lite, ſed ei, quod ex teſtamenti inſpectione apparet, an ſcilicet numerus ſigillorum & ſubſcriptionum adſit: in quo ſi dubium, legaliter probandum. *§.* 9. *&* 10. *h.* Vid. *Qu. praeced.* Atque hinc non obſtat allegata ab Autore *L.* 9. *de Teſtam.* quæ loquitur de teſtibus in judicio, non in teſtamento adhibendis.

De Uſu vid. *Huber. de Teſt. ord. n.* 16. *Struv. h. tit.* §. 13. communem opinionem contrariam ait, ſed a noſtra tamen non recedendum eſſe, ſtatuit.

Qv. XIV. *An praeciſe annulo teſtes ſignare debeant?*

NEGATUR: Sed quodvis ſignum, quo ſignari ſolet, ſufficit. Nam ita in genere ſeptem ſigilla requiruntur in *L.* 4. *ſeq. Teſtam. quemadm. ap.* Neque forma illa poſtea in impreſſa figura apparet, nec ulli uſui eſſe poteſt. *Laut. pag.* 487. *verb. IV. Subſignetur &c.*

OBJ. *L.* 21. §. *p. h.*

RESP. Annuli verbo intelligitur inſtrumentum ſignatorium, quod ſignandi cauſa habetur, & ad ſignandum inventum ac deſtinatum eſt, atque opponitur illis inſtrumentis, quæ non habentur ſignandi cauſa, uti nummi &c. Unde & vocatur annulus ſignatorius in *L.* 74. *de V. S. Plin. L.* 33. *c.* 1. *L.* 77. *de Leg.* 2. & annulus index apud *Ovid.* 2. *Pont.* 10. Alexander Magnus Perdiccæ tradidit annulum, quo vires regni obſignare ſolebat, digito detractum. *Curt. L.* 10. *c.* 6.

Hodie res dubium non habet. *R. I. de ann.* 1512. *& Laut. p.* 487.

Qv. XV. *An ex teſtamento imperfecto naturalis oriatur obligatio?*

NEGATUR: Quia teſtamentum tale non valet Jure Naturæ; utpote quo teſtamenta ſunt incognita; vid. *ſupr. qu.* 1. nec Jure Civili; quia forma deficit. Idque late tradit *Struv. Ex.* 32. *th.* 16. *Laut. p.* 487. *ſeq.* qui rationem hanc allegant, quod hæres tantum obligetur ex agnitione voluntatis defuncti, quæ vero plane huc non quadrat, & mere cerebrina eſt. *Laut. pag.* 394. *verb. ſi aliqua ex his &c.*

Obj. (1) *L. 2. C. de Fideic.* ubi valet fideicommiſſum ex imperfecto teſtamento præſtitum.

Resp. Ibi ſcit, imperfectum eſſe, indeque donaſſe præſumitur ſaltem ex errore juris.

Obj. (2) *§. f. Inſt. de Fideic. haer.* ubi valet fideicommiſſum, etſi teſtes non adfuerint.

Resp. Specialis ibi caſus eſt, in quo Jus Civile id permittebat.

Obj. (3) *L. 88. §. f. de Leg. 3.*

Resp. Valet ut fideicommiſſum, in quo nihil aliud tum requirebatur.

Obj. (4) Exempla teſtamentorum apud Gentes. Sed

Resp. Hæc fuere vel diſpoſitiones inter vivos, vel teſtamenta ex Jure Gentium ſecundario. Vid. *ſupr. qu. 1. & Diſp. fratris mei amantiſſimi de Teſtam. Princ.*

Qv. XVI. *An Jure Civili valeat teſtamentum, quod fit per relationem ad ſcripturam, quam teſtator producit, dicens, ſe haeredem inſtituere, quem in hac ſcheda nominavit, & hanc eſſe ultimam ſuam voluntatem?*

Laut. pag. 487. verb. *hinc Jure Civili &c.*

Affirm. Nihil enim intereſt, an hæres nomine exprimatur, an deſcriptione, per formulam: *is, qui in hac ſcheda notatur*, *L. 77. de Haer. inſt. L. 38. de Cond. & demonſtr. arg. L. 6. ff. de Reb. cred.* & ita reſponſum refert *Struv. Ex. 33. th. 9.* Eſtque id tum nuncupativum, non ſcriptum: (niſi coram teſtatore in ſcriptis perficiatur, & ita ſcriptura nomine teſtatoris concepta ſit), indeque teſtes jurare debent, ſe a teſtatore audiviſſe, hanc ejus eſſe ultimam voluntatem, vel per Inſtrumentum Notarii id probari debet. *Carpz. p. 3. c. 3. def. 37. & 41.*

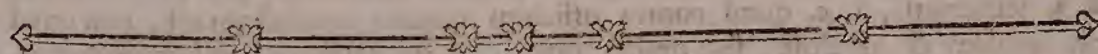
Hodie quoque tale teſtamentum valere, ipſe teſtatur *Laut. h. p. 487. ibique Dd. & praejudicia.*

Qv. XVII. *An, ſi in teſtamento ſcripto deficiant ſolennitates ſcripti teſtamenti, valeat ut nuncupativum, ſi hujus ſolennitates adſint?*

Affirmat *Gutier. pract. q. 5. q. 45. H. Piſt. 1. q. 2. n. 10. & 11.* ubi ait, neceſſariam ad hoc eſſe declarationem teſtatoris: Et *Sand. L. 4. t. 1. def. 1. in pr.* idem tunc putat, quando teſtator confeſſus eſt, in eo teſtamento contineri ſuam voluntatem; id enim pro nuncupatione eſſe: quod ta-

tamen rejicit, & pro monſtro habet *Huber. ad tit. de Teſt. ord. §. fin. per L. 21. in f. pr. C. h.* & ita judicatum refert.

Si dicendum, quod res eſt, ſtricto jure poſterior ſententia præferenda, propter *d. l.* 21. ubi pro infecto habetur, quod ſubſcriptum vel ſignatum non eſt; nec enim habuit animum in ſcripto teſtandi, & vitium in eo committit; quia negotium, quod teſtator geſſit, qui ſcribere teſtamentum voluit, vitioſe geſtum eſt, niſi clauſula addita ſit, ex qua appareat, teſtatorem non præciſe ut ſcriptum illud valere voluiſſe, v. g. ſi addat: Es ſoll gelten, wie es de jure am beſten gelten kann. Atque ita reſponſum eſt in Fac. Viadr. Menſ. Mart, 1696.



LIB. XXVIII. TIT II. & V.

DE LIBERIS ET POST-HUMIS &c.

ET

DE HÆREDIBUS INSTI-TUENDIS.

Qv. I. *An exhaeredatio, nominatim facta, hodieque neceſſaria ſit, an vero ſufficiat praeteritio patris?*

RESP. Pater hodieque vel inſtituere filium, vel nominatim eum exhæredare debet; præteritio vero non valet. Vid. *ſupr. L.* 5. *tit.* 2. *q.* 4. *&* 5.

Qv. II. *An teſtamentum, in quo filius praeteritus eſt, etiam Jure Praetorio nullum ſit?*

AFFIRMAT quæſtionem *Clar. §. Teſtam. q.* 43. *n.* 1. *& Dd. comm.*

NEGAT *Vinn. ad pr. I. de Exhaer. lib. n.* 6. Sed videtur quæſtio inanis; quia Prætor in caſu hoc nihil mutavit. Non poteſt ergo dici, Jure Prætorio eſſe nullum, vel non nullum, ubi Prætor ſeorſim nihil diſponit, niſi quod quibusdam caſibus teſtamenta Jure Civili nulla ex æquo ſuſtineat. *Laut. pag.* 488. verb. *Sic neceſſario &c.*

Ne-

Neque Obstat, quod bonorum poſſeſſionem vel ſecundum, vel contra tabulas dederit. Nam illam dedit in caſu, ubi Jure Civili valet, ſcilicet emancipatis præteritis, eo Jure, ſi ut ſui uti velint, ut mitiori, licet; qui proinde tunc teſtamentum, quod eſt nullum, non dicunt nullum, ſed reſcindi petunt.

Qu. III. *An, ſi cauſa nulla, & quae in* Novell 115. c. 3. *non continetur, ſit expreſſa, teſtamentum ſit ipſo jure nullum, an vero per querelam reſcindendum?*

Diſſentit. Laut. pag. 488. verb. *vel nulla.*

Resp. Eſt ipſo jure nullum; quia repugnat ſubſtantia quæ eſt inofficioſi teſtamenti, i. e. quod contra officium pietatis confectum eſt, non quod pie quidem & officioſe, ſed omiſſa cauſa. Alias rationes, dubiorumque reſolutiones vide *late ſupra L.* 5. *tit.* 2. *qu.* 7.

Qu. IV. *An, ſi ſui exhaeredantur, cauſa non adſcripta, teſtamentum totum nullum ſit, an vero valeat quoad legata?*

Diſſentit Laut. pag. 488. verb. *& nihil ex eo valet.*

Resp. Valet quoad legata. Vid. *ſupr. L.* 5. *tit.* 2. *q.* 8.

Qu. V. *An filio a patre praeterito legata &c. ſalva ſint?*

Laut. pag. 488. verb. *& nihil ex eo valet.*

Negatur, per *L.* 17. *ff. h.* ibi: *Filio praeterito neque libertates competunt, neque legata praeſtantur.* Hoc jus certum eſt quoad probetur, eſſe alio jure reſtrictum vel ſublatum. Equidem id factum putant per *Nov.* 115. *c.* 3. ſed contra, tantum abeſt, ut dicta *Novella* reſtrinxerit id jus infirmandi teſtamenti in favorem filii, ut magis auxerit & extenderit: cum enim ante teſtamentnm non eſſet nullum, niſi filio a patre præterito, per eam *Novellam*, etiam filio, a patre ſine juſta cauſa exhæredato, vel a matre præterito, teſtamenta, quæ his caſibus ante valebant, corruunt, ſaltem quoad inſtitutionem, cæteris ſalvis. Ut adeo certum ſit, dictam *Novellam*, quæ legata ſervat, non agere de caſu, quo jam ante teſtamenta defecere, ſed contra, quo ante valuere, & hoc caſu Imperator, ne a priori jure nimium recederet, totumque teſtamentum antea validum tolleret, ſolam inſtitutionem deficere voluit, legatis &c. ſalvis. Sed & porro dictam *L.* 17. quæ agit de præteritione patris, non eſſe mutatam per *d. Nov.* inde conſtat, quia hæc plane

plane non agit de præteritione patris, ſed ſolius matris, tum quia agit de præteritione, cui ſi addita ſit cauſa, teſtamentum ſubſiſtit; quod tamen ipſi Dd. hodie quoque in caſu filii a patre præteriti fieri negant, tum, quia in *d. c.* 3. §. *f. verſ. Si autem hæc*, conſtitutio hæc expreſſe reſtringitur ad liberos exhæredatos; conſtat autem inter omnes, ſolam matris, non patris præteritionem pro exhæredatione eſſe adeoque de hac non agit in *d. Nov.* Accedit, quod hic ille caſus ſit, ubi filius uti quoque poteſt bonorum poſſeſſione contra tabulas, qua olim quandoque parentibus, aliis vero cognatis vel extraneis nunquam legata ſervantur, *L.* 3. §. 1. *L.* 5. §. 5. *ff. de Leg. præſt. contra tab.* quod remedium in hac ſua qualitate nullibi reſtrictum, nec ſublatum, ſed & ipſum magis auctum eſt.

Et hanc ſententiam plerique veterum JCtorum ſecuti ſunt, teſte *Carpz. p.* 3. *c.* 9. *def.* 3. *n.* 7. eamque probant ſummi JCti, *Alciat. l.* 4. *parerg. jur. Cap.* 9. *Cuj. oper. t.* 2. *ad L.* 4. *ff. de Lib. & poſth. & ad L.* 17. *ff. h. Hillig. ad Don. L.* 6. *c.* 3. *lit. F. Frantz. Ex.* 6. *q.* 3. *per tot. Scotan. Ex. ad tit. de Lib. & poſth. q.* 4. *&* 5. *Laut. h.* Ab horum autoritate & a jure certo, in *d. L.* 17. ſtatuto, nec ullibi abrogato diſcedere, & opiniones Doctorum, imprimis contradictorias, ſequi, conſcientiæ tutum non exiſtimo, quam ſolum Leges, non vero Dd. opiniones obligant. Diſſentit *Copp. Obſ.* 117. *Brunn. Cent.* 5. *dec.* 26. *Gail. Lib.* 2. *O.* 113. *&* 114. *& Dd. comm.*

Obj. *Brunn.* quod Imperator tantum voluerit auferre injuriam exhæredationis & præteritionis. *Auth. Ex. cauſa. C. de Lib. præter.*

Resp. (1) Nulla eſt injuria præteritionis, niſi quando pro exhæredatione eſt; alias enim nullus effectus eſt, & ſic nulla injuria.

Resp. (2) Non eſt hoc jus ex *Novella* Imperatoris, ſed ex Jure veteri, illa non agit de caſu præteritionis patris.

Qv. VI. *An præteritio emancipati teſtamentum faciat ipſo jure nullum, indeque emancipato detur querela nullitatis, an tantum bonorum poſſeſſio contra tabulas?*

Affirm. Prius; quia emancipati quoque præteritio Lege prohibita eſt, *d. Nov.* 115. *c.* 3. *pr.* quicquid autem lege prohibente fit, eſt ipſo jure nullum. (2) Omnis differentia inter ſuos & emancipatos ſublata eſt, vid. §. 5. *Inſt. de Exhær. lib.* & conſtitutum, ut hi quoque nominatim ex-

Diſſentit Laut. pag. 488. *verb. Secus ſi emancipati &c.*

exhæredentur: at ſuis præteritis teſtamentum eſt ipſo jure nullum; uti ergo ſuis, ita & emancipatis querela quoque nullitatis datur. Idque (3) ita tradunt *Struv. Ex.* 32. §. 26. *Brunn. ad Auth. Non licet. C. de Lib. præt. n.* 17. *Clar.* §. *Teſtam. q.* 42. *n.* 1. *Schneid. ad* §. 3. *Inſt. de Exhær. lib.*

DISSENTIT *Harpr. ad* §. 3. *n.* 6. *Inſt. de Exhær. lib.* quia non dicitur in *d. Nov.* teſtamentum eſſe nullum; ex prohibitione autem non ſequitur nullitas, ſi pœna ſit adjecta, v. g. evacuationis. Sed jam in præcedentibus dictum eſt, idem ſtatutum eſſe, quod in ſuis: nam Imperator in §. 5. *de Exhær. lib.* (1) abrogat in genere differentiam juris veteris, de quo antea in §. 3. *&* 4. locutus fuerat. (2) Jus ſimile in omnibus eſſe voluit in deſcendentibus per maſculum: & quidem (3) in eo, ut omnes emancipati quoque inſtituantur vel exhæredentur. (4) Hoc ergo æque jam Jure Civili neceſſarium eſt; & ex Lege (5) additur, quod eundem effectum habere debeant infirmandi teſtamenta & auferendæ hæreditatis. Adeoque uti ſuis querela nullitatis datur, ſi præteriti ſunt, ita & emancipatis. Concurrit tamen bonorum quoque poſſeſſio. Conf. *ſupr. L.* 5. *t.* 2. *q.* 7. *obj.* 5.

Hodie ſolennes emancipationes rariores ſunt, per nuptias autem emancipati retinent jura ſuorum, indeque non tanta hujus rei eſt utilitas.

QV. VII. *An, ſi mater filium præterierit, huic detur querela inofficioſi teſtamenti?*

Laut. pag. 488. *verb. ſi mater filium &c.*

AFFIRM. Quia hæc præteritio pro exhæredationem eſt, uti late demonſtravi *ſupr. L.* 5. *tit.* 2. *q.* 6.

QV. VIII. *Quinam ſint hæretici?*

Laut. pag. 489. *verb. Hæretic.*

RESP. Quia diſſentiunt a quatuor Conciliis œcumenicis. Egregie hanc rem diſcuſſit *Dn. Par. in Diſp. de Jure circa hæreticos.* Verba ejus hæc ſunt:

Ut igitur appareret, quæ eſſet communis univerſæ & Catholicæ Eccleſiæ ſententia, & ab ea reliquæ hæreſes & opiniones ſegregarentur, evocavit Conſtant. M. totius Eccleſiæ Chriſtianæ Epiſcopos, & Oecumenica Synodo Nicæna inprimis doctrinam de Chriſti divinitate, ceu fidei noſtræ fontem ſtabilivit. Cujusmodi deinde Concilia univerſalia & œcumenica, vocatis univerſæ & Catholicæ Eccleſiæ Chriſtianæ Epiſcopis, deinde etiam a duobus Theodoſiis, & denique a Martiano Imperatore coacta, & univerſum illud de SS. Trinitate dogma, ceu unicum totius Chriſtianæ fidei fundamentum &

& facra anchora, conftitutum fuit, hodieque DEI providentia, quicquid immanium fluctuum in hanc rupem illifum fuerit, immotum perfiftit. Atque hæc quatuor concilia Oecumenica ab Imperatoribus coacta & habita fuiffe, ad unum omnes unanimiter teftantur eorum temporum Annales, neque ullum illius ætatis veftigium apparet, Pontificum autoritatem concurriffe, nedum Ofium, Cordubenfem Epifcopum, qui Nicæno præfuit, legatum Pontificis fuiffe, quod utrumque BARONIUS fingit.

Synodus quinta a Juftiniano, & fexta a Conftantino Pagonato congregatæ, etiam vulgo Oecumenicæ dicuntur, *c.* 5. 6. *&* 7. *dift.* 15. neque nos earum autoritati quicquam detractum volumus. Veruntamen id omnino conftare credimus, non effe eas patri cum prioribus autoritate, nec ita, ut fuperiores, vere univerfales: eo enim tempore jam divifus fuit orbis Chriftianus in plura regna, & quidem poft Martianum & Valentinianum III. autores Concilii quarti, (vid. *L.* 8. *princ. C. de Hæret.*) tota Italia avulfa fuit ab Imperio, & inde ab Avito usque ad Auguftulum proprios Reges habuit: deinde Gothi regnum Italiæ tenuere, idque agnoverunt ipfi Imperatores Græci, vid. *Onuphr. de Concil. Imper. c.* 4. §. 4. & alias quoque Ecclefiæ valde jam laceratæ & fegregatæ fuere. Sed nec Pontifex Vigilius, nec Epifcopi Ecclefiæ Occidentalis intereffe Synodo voluerunt, & fubfcribere quoque detrectarunt; adeo ut Juftinianus Vigilium Papam ideo in exilium miferit, eoque tandem, ut affentiret, perpulerit. Non ergo per modum Synodi univerfalis res acta & decifa fuit; reliquis quoque Occidentis & Africæ Epifcopis Concilium hoc non tam de fide, quam in perfonas demortuas coactum, & præjudicium Chalcedonenfi Concilio factum fuiffe caufantibus. vid. *Petav. in Rationar. tempor. part.* 1. *lib.* 7. *c.* 7. Quin nec Canones, nifi ex poftfacto, ejus & fexti Concilii facti funt. *c.* 7. *dift.* 17. Sed & ipfe Juftinianus quatuor tantum Concilia pro norma fidei ftatuit & recipit *in Epift. ad Joh. Papam L. Reddentes* 9. §. 3. *C. de Summ. Trin.* fub cujus tamen anteceffore, Vigilio Papa, Concilium quintum jam editum erat. Idem in *L.* 7. §. 4. *verf. hanc alia C. eod.* ait: *Hanc* (fcil. formulam utriusque concilii prioris) *alia quoque omnia fancta Concilia, hoc eft, Ephefinum Prius & Chalcedonenfe fufceperunt.* Ergo ftatuit, non effe alia concilia, quæ fint formula fidei, quam hæc quatuor; quia ait, omnia concilia, quæ formula fint effe quatuor: uti & in *c.* 1. *&* 3. *dift.* 15. reliqua non admittuntur, nifi poft illorum quatuor autoritatem.

Sextæ autem Synodo neque Africanæ, neque Hierofolymitanæ Ecclefiæ interfuere, quæ tum non habuere amplius Patriarcham fui juris,

 fed

ſed Saracenorum poteſtati ſubjectum. Septima vero Synodus duplex fuit, altera Græcorum & antiquior; altera Latinorum, quæ priori contraria, & Anti-Synodus eſt, ac deinde Synodo Pariſiana iterum improbata fuit. vid. Doctiſſ. Spanhem. *in Epiſt. Iſag. ad hiſtor. Eccleſ. Secul.* 8. *cap.* 9. *&* *Sec.* 9. *c.* 10. §. 2.

Igitur de ſolis prædictis quatuor Conciliis vere dici poteſt, ea a Catholica ſeu univerſali Eccleſia habita, decreta, ac recepta eſſe, eaque ſola (de ſacris literis nunc non quæritur) certam Eccleſiæ & fidei Catholicæ ſeu univerſalis, ratione jurium ejus, normam eſſe, ac in toto jure ita haberi. Hoc patet ex *L.* 7. §. 4. *&* §. 5. *L. Reddentes* 9. *§.* 3. *C. de Summ. Trinit. Nov.* 115. *c.* 3. §. 14. ubi Juſtinianus orthodoxæ & Catholicæ fidei regulam ſola hæc quatuor Concilia eſſe ſtatuit, nec ſuum, quod quintum eſt, addit. Sed & Jur. Can. bis quatuor Conciliis tribuitur autoritas & norma fidei Catholicæ. *c.* 1. *diſt.* 15. ibi: *Inter cetera Concilia quatuor eſſe ſcimus venerabiles Synodos; NB. quæ totam principaliter fidem complectuntur, quaſi quatuor Evangelia vel totidem Paradiſi flumina.* Et in *c.* 2. *pr. diſt.* 15. ait B. Gregorius: *Sicut Sancti Evangelii quatuor libros, ſic quatuor Concilia ſuſcipere & venerari me fateor &c.* quæ verba regulam & normam ſignificant, inprimis ob comparationem cum quatuor Evangeliis. Unde & alibi additur, reliqua Concilia poſt horum quatuor autoritatem demum recipienda eſſe, ut in *c.* 1. *diſt.* 15. ibi: *ſed ſi qua ſunt alia concilia, NB. poſt iſtorum quatuor autoritatem omni manent ſtabilita vigore,* & in *c.* 3 *diſt.* 15. ibi: *Sed & ſi qua ſunt concilia a Sanctis Patribus hactenus inſtituta, poſt iſtorum quatuor autoritatem & cuſtodienda & recipienda decernimus & mandamus.*

Quin & diſertiſſime regula & norma Eccleſiæ Catholicæ ſtatuuntur hæc quatuor Concilia in *d. L.* 7. *§.* 4. *pr. C. de Summ. Trinit.* ubi Juſtinianus ait: *Per omnia ſequentes ſancta quatuor Concilia, & quæ ab unoquoque eorum conſtituta ſunt, manifeſte omnibus, qui nobiscum ſunt fidelibus ſanctæ Catholicæ & Apoſtolicæ Eccleſiæ traditam NB. regulam fidei, h. e. ſanctam formulam ſeu Symbolum tenemus & cuſtodimus.* Quin additur expreſſe, quod ſolum Nicænum ſufficiat ad regulam, nec alia tria Concilia ideo addita fuerint, quaſi illud imperfectum eſſet; ſed tantum ad Nicæni declarationem, quam veritatis inimici invertere volebant. *d.* §. 4. *verſ. non quaſi imperfectum.* Adeo ut Anathema eſſe juſſi ſint illi, qui aliam regulam Catho-

tholicæ Ecclesiæ & fidei tradunt, quam formulam Concilii Nicæni & reliquorum trium, quæ illud declararunt. *d.* §. 4. *in verb. Similiter anathematizarunt & eos, qui aliud Symbolum vel sanctam formulam tradunt, praeter eam, quam* 118. *sancti Patres* (in Synodo Nicæna) *exposuerunt*, & 150. *sancti Patres, qui in hac Regia Civitate*, (in Constantinopolitana Synodo) *declararunt & illustrarunt*, (scil. præter duo Concilia reliqua, quæ jam ante addidit, & mox quoque subjicit). Quemadmodum igitur hæc quatuor Concilia jure constituta sunt norma Ecclesiæ & fidei Catholicæ, adeoque Ecclesiæ Catholicæ omnes illi sunt, qui hæc quatuor Concilia Catholica & Oecumenica recipiunt atque custodiunt; ita Hæreticus in toto jure ille unice dicitur, qui in aliquo articulo ab Ecclesia Catholica seu ab his quatuor Conciliis recedit; nec ullibi in jure aliter hæc vox hæretici accipitur. Hoc constat ex *L.* 2. §. 1. *C. de Haeretic.* ubi ita definitur: *Haereticorum vocabulo continentur, qui vel levi argumento a judicio NB. Catholicae religionis & tramite detecti fuerint deviare.* Catholicæ autem religionis tramitem unicum (civilem scil. & post verbum Dei, vid. *p. seq.*) esse prædicta IV. Concilia, jam demonstratum est *supra pag.* 260. Pariter, cum Hæresis inter justas causas exhæredationis recenseatur in *Nov.* 115. *cap.* 3. §. 14. & hæreticus filius exhæredari possit, *d. L.* is dicitur filius hæreticus in *d.* §. 14. qui non amplectitur sanctas 4. synodos; & ideo perhibetur non esse Catholicæ fidei, nec in SSta Ecclesia communicare. *d.* §. 14. Eadem ratione Hæreticus describitur, qui non est Catholicæ fidei *d. Nov.* 115. *cap.* 4. §. 8. & ab Impp. Gratiano, Valentiniano & Theodosio, *Nicaenae fidei assertor* dicitur *Catholicae Religionis verus cultor. L.* 2. §. 1. *C. de Summ. Trin.* & tales jubentur *Catholicorum Christianorum nomen amplecti*; reliqui autem demum *haeretici dogmatis infamiam sustinere. L.* 1. §. 1. *C. eod.* Consentiunt Canones *in c.* 30. *XXIV. quaest.* 3.

Neque cum his pugnat, quod Orthodoxi merito contendunt, non esse aliam fidei normam, quam sacrosanctum Dei verbum. Etenim non hic quærimus de authentica fidei norma, ejusque vero fonte & supremo controversiarum judice, qualis norma ac fons unice omnino est æternum illud verbi Divini Oraculum, sed de regula civili fidei & cultus Divini. Nimirum, cum de absconditis illis summæ Trinitatis & incarnationis mysteriis, adeoque de ipso fidei Christianæ fundamento, plures hæreses seu opiniones essent, & quælibet ex verbo Dei se pugnare, eoque nixam se testaretur, videndum fuit, quænam esset sententia universalis Ecclesiæ, ut inde formula fieret, quam secuti pro membris Ecclesiæ Catholicæ Christianæ haberentur, atque ad ejus Ecclesiæ exercitia cultus, jura & beneficia admitterentur, reliqui autem ab hoc cœtu excluderentur. Potuitque eo securius hæc totius Ec-

Ecclesiæ sententia pro regula hactenus accipi, quod tali suæ Ecclesiæ Servator Spiritum veritatis promiserit, nec adeo concessurus sit, si pio zelo & veritatis studio congregetur, ut a vero aberret.

Hoc sensu ergo hæreseos vox in malam partem accipitur, cum quis a judicio totius Ecclesiæ Catholicæ, seu ab his quatuor Conciliis Catholicis dissentit: quo sensu quoque sumitur αἱρετικὸς ἄνθρωπος *ad Tit.* 3. *vers.* 10. add. 2 *Petr.* 2. *vers.* 1. neutiquam autem cum quis ab Ecclesia aliqua particulari, nedum cum duæ particulares Ecclesiæ ab invicem dissentiunt: uti, cum Græca Ecclesia & Latina ritibus ordinationum ab invicem discedunt, id pro hæresi nullo modo habetur in *c.* 11. *X. de Tempor. ord.* adeo, ut Græci Cantoris filius, ex legitima uxore natus, in Ecclesia Romana ordinari possit, etsi talia matrimonia in ea improbentur, *c.* 6. *X. de Cleric. Conjug.* Quin tantopere ab invicem dissentiunt, ut Græci Latinorum aras pro impuris habeant, nec supra iis, nisi purgatis & denuo consecratis, sacra faciant.

Talis est dissensus ille inter Romanam & Evangelicorum Ecclesias: cum Evangelici, & magis etiam quam Graeci, omnia capita quatuor Conciliorum tanquam normam Ecclesiae Catholicae inviolabiliter recipiant, adeoque plane sincera Ecclesiae Catholicae membra sint, *per ea, quae supra p.* 260. *seq. dicta.*

Et utrique adeo juri manifeste fraudem faciunt, qui, cum haereticus utroque jure, etiam Canonico, definiatur ille, qui ab Ecclesia Catholica dissentit, *supr. pag.* 260. 261. & *c.* 30. *caus.* 24. *quaest.* 1. in ea definitione pro verbo *Catholicae* substituunt *Romanae*, cum tamen aliud sit Ecclesia Catholica & universalis, aliud Romana; quam prorsus esse constat Ecclesiam particularem, a Graeca, Alexandrina, Antiochena &c. perpetuo distinctam. *c.* 1. §. *Ordo. dist.* 21. *c.* 2. *c.* 6. *c. fin. dist.* 22. *c.* 8. *X. de Majorit. & obed.*

Hi ergo, qui Romanae Ecclesiae opiniones pro regula Ecclesiae Catholicae obtrudunt, manifeste anathemati illi obnoxii sunt, quo illi, qui aliam, praeter Nicaeni & reliquorum trium Conciliorum formulam fingunt, expresse anathematizantur in *L.* 7. §. 4. *in fin. C. de Summ. Trin. vid. supr. pag.* 261. Constat enim, Ecclesiam Romanam plurima sentire ultra formulam quatuor conciliorum; neque de iis, quæ hodie inter Romanos & Evangelicos disceptantur, agi in horum Conciliorum Canonibus; uti de summa potestate Pontificis in ipsos etiam Reges, de hodierna Missa, Sacramentis, indulgentiis &c. &

pro-

proinde hæc formula Ecclesiæ Romanæ, cum alia sit a formula quatuor Conciliorum, non potest non dicto anathemati obnoxia esse.

Unde patet, nullo sensu, nec absque contradictione, Romanæ Ecclesiæ Episcopum Universalem videri posse; quod & Canones abominantur in *c.* 4. *Dist.* 99. ubi Pelagius II. Papa inquit: *Nullus Patriarcharum Universalitatis vocabulo unquam utatur: quia si unus Patriarcha Universalis dicitur, Patriarcharum nomen ceteris derogatur. Sed NB. absit hoc! absit a fidelis cujusquam mente &c.* Idem in *c.* 5. *d. Dist.* 99. Gregorius Magnus Papa ad Alexandriæ Patriarcham sic improbat: *Ecce in Praefatione epistolae, quam ad me ipsum, qui prohibui, direxistis, superbae appellationis verbum, Universalem me Papam dicentes, imprimere curastis; quod peto, dulcissima mihi Sanctitas vestra ultra non faciat; quia vobis subtrahitur, quod alteri plus NB. quam ratio exigit, praebetur. Ego enim non verbis quaero prosperari, sed moribus.* Et mox: *Si universalem me Papam Vestra Sanctitas dicit, negat, se hoc esse, quod me fatetur universum. Sed NB. absit hoc! Recedant verba, quae vanitatem inflant & charitatem vulnerant.*

Etiamsi vero esset Universalis Episcopus, nihil tamen id huc faceret: tum quia de judicio totius Ecclesiæ Catholicæ, non Episcopi, quæritur, cum hæreticus sit, qui ab Ecclesia Catholica, non qui ab Episcopo dissentit, ut ostensum *supr. pag.* 261. tum quia universalem legem & formulam dare, ex qua judicandum, quis in cœtum seu gregem, & ad ejus ritus, beneficia & jura admittendus, quis vero inde summovendus sit, vel totius gregis est, vel ejus, qui in grege summum imperium habet: alterum per modum pacti & consensus valebit, alterum per modum legis. Episcopalis autem autoritas non consistit, nisi in docendo: uti plenius demonstravit Dn. Præs. *in Jurisprud. publ. cap.* 18. §. 1. *& seq.* Certe, cum regula ac formula Catholicæ ecclesiæ semel totius gregis consensu, &, ut dicitur in *c.* 1. *Dist.* 16. *& in Nov.* 109. *in praef.* ecclesiarum Patribus ex omni terrarum orbe convenientibus, constituta sit, non potest illa, nisi totius quoque gregis consensu, iterum mutari aut tolli.

Quin, Romanam Ecclesiam ne primariam quidem ecclesiarum fuisse, concedunt & fatentur ipsi Pontifices & Canones, qui aperte testantur, Antiochenam fuisse omnium primariam, & Primatum hunc, jubente Deo, Romam deinde translatum fuisse. Ita enim Marcellus Papa *in c.* 15. *caus.* 24. *qu.* 1. ad Antiochenos scribit: *Ipse* (Petrus) *caput est totius Ecclesiae, cui ait Domi-*

Dominus, Tu es Petrus, &c. Ejus ſedes NB. primitus apud vos fuit, quae poſtea NB. jubente Domino, Romam translata eſt. Et mox in fin. *Si vero veſtra Antiochena, NB. quae olim prima erat, Romanae ceſſit ſedi, nulla eſt, quae ejus non ſit ſubjecta Dominationi.* Idem traditur *in c. 2. diſt. 22.* ibi: *Tertia ſedes apud Antiochiam B. Petri Apoſtoli nomine habetur honorabilis; quia illic NB. priusquam Romam veniret, habitavit &c.* Cum itaque in confeſſio ſit, Primatum Eccleſiarum Antiochenæ Eccleſiæ debitum, & juſſu Dei, ut dicitur, Romam translatum fuiſſe, juſſus ille Dei aliter, quam dicto iſto Salvatoris, *Tu es Petrus* &c. probandus erat: nam Petrus æque Antiochenam, & eam quidem primam, fundavit; & in dicto illo tantum de fundatione ſedis, non de fundationis translatione in aliam ſedem mentio fit. Nec ſequitur, una, etſi prima, ceſſit; Ergo & reliquæ ceſſere. Et o! miſeram Eccleſiæ conditionem, cujus petra Petrus, homo peccator, aut alius quisquam eſt, quam omnis peccati purus, & morti meritæ propria virtute vincendæ par, id eſt Θεάνθρωπος. Sed id huc non pertinet.

Cum igitur ſatis demonſtratum ſit, Hæreticos non eſſe, niſi qui a formula totius Eccleſiæ Catholicæ & univerſalis, ex toto orbe collectæ, quæ absque controverſia prædictis quatuor Conciliis Catholicis comprehenditur, diſſentiunt, Evangelici autem omnes hæc quatuor ſanctiſſima Concilia eorumque formulam omni veneratione ſuſcipiant, quin quintam quoque & ſextam Synodum (de ſeptima vid. *ſupr. p.* 260.) etſi quis illas quoque pro univerſalibus haberi velit, non rejiciant, non poſſunt illi a Romanæ Eccleſiæ aſſeclis citra anathematis prædicti periculum, pro Hæreticis haberi.

Qv. IX. *An poſthumo, non rite exhaeredato, detur bonorum poſſeſſio contra tabulas?*

Laut. pag. 488. verb. ſi emancipatus.

RESP. Equidem nominatim, adeoque rite *exhaeredato* poſthumo, nunquam bonorum poſſeſſio datur, utpote cum ei per querelam inofficioſi teſtamenti proſpiciatur, §. 2. *Inſt. de Inoff. teſt. L.* 10. §. 5. *L.* 8. §. 2. *L.* 18. *pr. de Bon. poſſ. contr. tab.* at, eo non nominatim exhæredato, ſed præterito, olim rumpebatur teſtamentum, & per ſolam bonorum poſſeſſionem contra tabulas id reſcindebatur. *dd. LL.* §. 1. 3. & 4. *Inſt. de Exhaer. lib.*

Utrumque mutatum eſt per *Nov.* 115. Nam *exhaeredato* a patre poſthumo, non amplius valet teſtamentum, ut olim, ſed ipſo jure corruit. Cum

Cum enim exhæredatio non valeat, niſi addita cauſa & quidem in *Nov.* 115. expreſſa, ea autem in poſthumo addi, ac cauſa ingratitudinis in eo concipi non poſſit, conſtat teſtamentum vitiari & nullum eſſe, indeque poſthumo præter querelam inofficioſi teſtamenti dari querelam nullitatis, Vid. *ſupr. L.* 5. *t.* 2. *q.* 7. inprimis *in Obj.* 6. etſi legata ſalva ſint. *d. q.* 7. *& q.* 4. *q.* 6. Sic porro ratione poſthumi *praeteriti* idem jus in poſthumis, quod in ſuis ſtatuitur, ut eundem effectum habeant circa teſtamenta ſuorum infirmanda, §. 5. *Inſt. de Exhaer. lib.* adeoque poſt hanc *Novellam* querela nullitatis uti ſuo, ita & poſthumo datur, & in arbitrio poſthumi eſt, quonam remedio agere velit.

Non ergo obſtat ratio autoris, quod §. 3. *Inſt. de Exh. lib.* nullibi mutatus appareat: nam omnino mutatus eſt per *Nov.* 115. & §. 5. *Inſt. de Exhaer. lib.* utpote ubi nullum eſſe dicitur teſtamentum, indeque querela nullitatis datur.

Qv. X. *Quo tempore habilitas in haerede requiratur: & an tempora intermedia ei noceant?*

Resp. Habilis debet eſſe hæres tribus temporibus, teſtamenti, mortis & aditionis. §. 4. *Inſt. de Haer. qual. & differ.* His enim tribus temporibus intelligitur fieri negotium teſtamenti. *Laut. pag.* 489. verb. *haec habilitas &c.*

Media ergo tempora non nocent; quia extra actum teſtamenti ſunt; & negotium nondum eſt perfectum; momenta itaque trium temporum ſic conjunguntur, ut eodem tempore mortis & delata, & adita hæreditas videatur. *L.* 54. *ff. de Acq. vel omitt. haer. L.* 193. *de Reg. Jur.*

Limit. Medium tempus aditionis tamen nocet, ſi hæres ſub conditione inſtitutus ſit; quia tunc demum aliud tempus mortis, aliud tempus exiſtentis conditionis, ex quo cedit dies & venit. *d.* §. 4. Nec itaque medium hoc tempus ad hunc actum pertinet, quo vel defertur & aditur hæreditas, quia non poteſt ante adiri, nec ante defertur: Si vero pure hæres inſtitutus, nullum eſt medium tempus inter mortem & aditionem, ſed dies aditionis cedit a momento mortis, *L.* 32. *pr. de Leg.* 2. etſi actualis aditio nondum ſequatur. Unde ſi jus adeundi ſemel per momentum temporis perierit, nunquam amplius convaleſcere poteſt, quod ſemel exſtinctum, nec auferri aliis, quibus in momento eo jus quæſitum eſt, poteſt. *L.* 49. §. 1.

L. 6. §. 2. *de Haer. inst.* *L.* 50. *pr.* *L.* 59. §. 4. *eod.* Ante conditionem existentem autem non est jus adeundi.

Alia tempora intermedia non nocent; quia negotium nondum perfectum, nec jus quæsitum est, & necdum cœpit jus adeundi, adeoque nec tolli potest.

Qv. XI. *An institutio necessario in tota haereditate fieri debeat?*

Laut. pag. 489. verb. *plures instituti &c.*

Resp. Regulariter id affirmatur: tres tamen sunt casus institutionis, quæ non in totam hæreditatem fiunt, & prælegati vim habent.

(1) Si hæredes ex certis rebus scripti sunt, tunc illi sunt instar legatariorum, quoties per alium hæredem plene scriptum voluntas conservari potest. *L.* 13. *C. h. t.* Alias detrahitur mentio rerum certarum, & hæ prælegatæ videntur, hæredes autem sunt ex æquis partibus, *L.* 1. §. 4. L. 9. §. 13. *L.* 41. *in f. de Vulg. subst.* *L.* 35. *pr.* & §. 1. *h.* uti si vel soli instituti in re certa, vel cohæres recte institutus defecerit.

(2) Si ex partibus hæreditariis omnes scripti, sed quæ assem non æquant, illæ quantæcunque reducuntur ad assem civilem, *§.* 7. *h.* qui duodecim unciis constat, §. 5. *I. h.* *L.* 13. §. 1. & 3. *h.* vel divisio fit in tot partes, quot testator fecit, quod perinde est *L.* 15. §. *f.* *L.* 47. §. 1. *h.* *L.* 13. §. 1. *h.* E. g. Testator Cajum instituit in 12. uncias, Sejum vero in 6. etsi hic 18. partes fecerit suæ hæreditatis, tamen melioris computationis ergo reducuntur illæ partes ad assem, i. e. ad 12. uncias, & eadem proportio, quæ observatur in 18. partibus, etiam hic observari debet: quemadmodum ergo illo casu Cajus duas tertias i. e. 12. accipit, & alter 6. ita itidem hoc casu Cajus duas tertias, i. e. 8. alter 4. accipit.

Obj. *L.* 23. *C. de Legat.* ubi, si excessit assem, adimitur illud alteri, & si ab initio uni duodecim uncias, postea alteri 6. uncias relinquit, recessisse a priori voluntate, & unicuique sex saltem uncias relinquere voluisse videtur.

Resp. Textus non loquitur de casu, ubi per numeros disposuit, & uni assem, alteri uncias reliquit, sed ubi rem ipsam totam & solidum reliquit uni, postea vero alteri ejus dimidiam: Priori casu partes reducuntur ad assem; quia tot sunt partes, quod testator vult, ita, ut, si uni assem,

ſem, alteri 6. uncias reliquerit, hæ 18. partes ſub eadem proportione ad 12. partes reducantur, ita, ut unus 8. alter 4. accipiat: at poſteriori caſu, ubi unum corpus in ſolidum legat, poſtea vero dimidium ejus alii, videtur receſſiſſe a priori voluntate, & dimidiam ejus ademiſſe: ut proinde uterque æqualiter hoc caſu concurrat. Nec dici hoc caſu poteſt, teſtatorem tot partes facere, quot vult: nam ſi corpus totum uni legat, alteri vero poſtea ejus dimidiam, non poteſt videri, teſtatorem tres partes facere voluiſſe; quia contraria ejus voluntas exco apparet, quod primo non duas partes, ſed in ſolidum fundum legaverit, a qua voluntate poſtea receſſiſſe videtur, alii ejus dimidiam legando: quæ ratio ceſſat, ſi teſtator per numeros diſponit, & uni aſſem, alteri 6. uncias relinquit; jam enim non uni hæreditatem ex aſſe reliquit, ſed ſaltem aſſem, i. e. 12. partes; ſi ergo alteri præterea 6. partes relinquat, apparet, teſtatorem hæreditatem non in 12. ſed in 18. partes dividere voluiſſe, quæ poſtea ad aſſem civilem reducuntur: ita, ut duæ partes hæreditatis primo cedant, tertia ſecundo.

Insto, quod in *d. L.* 23. in terminis caſus proponatur, ubi ab initio 12. unciae relinquuntur, alii poſtea ſex, adeoque ubi per numeros diſponitur, & tamen dicitur, mutatam videri voluntatem, ac aequaliter utrumque concurrere.

Resp. (1) Caſum propoſitum fuiſſe, ubi *fundus in ſolidum* legatus fuit; numeros vero poſtea explicationis tantum gratia adhibitos fuiſſe, ut appareat, quantam portionem primus, quantam vero ſecundus accipiat. Nam hoc ex ſequentibus apparet; ſtatim enim iterum ſubjiciuntur caſus, ubi tota res relinquitur, & poſtea pars adimitur. Ita enim pergit Imperator: *Si quis itaque vel agrum, vel haereditatem reliquerit, primo quidem in totum, ſecundo autem in partem dimidiam, NB. utrumque in ſex uncias eſſe vel dominum rei legatae, vel haeredem. Et ſi tota re primo relicta, tertiam partem ſecundo reliquerit, ſecundum praedictum modum octo quidem uncias &c. apud primum manere, tertiam autem partem, vel quartam partem ad ſecundum migrare.* (2) Si quidam hæredum ſine partibus ſcripti ſunt, tunc illi capiunt, quod aſſi vel dupondio deeſt, *§.* 6. §. 8. *I. h. L.* 17. *h.* vel quod idem eſt, occupant vacantem portionem aut alium aſſem. *L. f. de Bon. poſſ. ſec. tabb. Dn. Par. Hyp. d. l.* Si ergo teſtator P. in uncia inſtituat, & tum citra portionis mentionem dicat: S. hæres eſto; hic accipit, quod aſſi deeſt, ſcil. 11. uncias. Sed & porro, ſi teſtator P. in aſſe inſtituat, & addat, S. hæres eſto: tunc teſtator videtur in duos aſſes hæreditatem diviſiſſe, ita, ut poſterior id, quod dupondio deeſt, capiat, adeoque 12. partes.

Materiam hanc per ſe ſatis intricatam, Antor varietate caſuum ita involvit, ut intelligi vix poſſit. Poſitis autem principiis noſtris omnia clara ſunt.

Qu. XII. *An cognatis inſtitutis, omnes videantur ſimul vocati?*

Laut. pag. 490. verb. *ſi quis inſtituit &c.*

RESP. Non videntur omnes ſimul vocati, ſed proximiores; cum omnes non poſſint ſimul ſuccedere; quia non omnes poſſunt ſimul vivere. *arg. L.* 32. §. *f. L.* 67. §. 7. *de Leg.* 2. *L.* 69. §. 3. *eod.* Diſſentit *Carpz. p.* 3. *c.* 9. *d.* 16. *n.* 7. *ſeq.* At verum non eſt, quod *Mantica de Conject. ult. vol. L.* 4. *tit.* 7. & alii putent, teſtatorem inſtituendo filiam & nepotem, illam huic, & inſtitutis fratribus, germanos conſanguineis præferre voluiſſe, ex ratione charitatis & affectionis. Vid. *Carpz. d. c.* 9. *def.* 16. *n.* 3. *& def.* 17. *n.* 4. Nam pariter ſunt inſtituti, imo ſimul conjuncti oratione, adeoque ſimul vocati, ita, ut uno deficiente, alteri portio ejus accreſcat, concurſu autem neceſſario partes fiant. Neque tam inepta divinatio contra verborum ſenſum & uſum admittitur in foro, ut patet ex *Boër. dec.* 185. *n.* 16. *Carpz. p.* 2. *c.* 9. *def.* 16. *n.* 4. *ſeq.* Hi enim omnes ſimul poſſunt eſſe, & teſtator eos ſimul fecit hæredes, at omnes cognati ſimul eſſe non poſſunt.

Sed quid dicendum de caſu, ubi teſtator ex diverſis familiis hæredes conjunctim inſtituit, puta fratrem & fratris aut ſororis liberos, vel ſuos, & conjugis proximiores cognatos, an in capita ſuccedunt, an pro ratione & numero familiarum diviſionem faciunt? Poſterius affirmatur, ita, ut ſuos cognatos ex ſemiſſe, uxoris vero conſanguineos ex altero ſemiſſe vocaſſe, intelligatur; quia conjunctivo nomine eos inſtituit, indeque pro una perſona habentur. Conf. *L. un. & paſſim. C. de Cad. toll.* Niſi per particulam *aeque* vel *ſimul* vocati ſint; vid. *L.* 13. *pr. ff. de Haer. Inſt. Carpz. p.* 3. *c.* 9. *def.* 15. tunc enim voluntas teſtatoris videtur fuiſſe, ut in virilibus partibus hæredes fiant. *d. L.* 13.



LIB.

LIB. XXVIII. TIT. III. & IV.

DE INJUSTO, RUPTO, IRRITO FACTO TESTAM.

ET

DE HIS, QUÆ IN TESTAMENTO DELENTUR.

Qv. I. *An bonorum poſſeſſio, quæ datur juxta teſtamentum, in quo filius emancipatus præteritus eſt, & quod ob ratihabitionem filii ex æquitate ſuſtinetur, ſit ſine re?*

Resp. Eſt cum re. (quid autem ſit bonorum poſſeſſio cum re, vel ſine re, vid. apud. *Laut. p.* 534. *in f. & Struv. ſyntagm. tit. de Bon. poſſ.* §. 11.) Sane cum voluntas teſtatoris ex æquo & bono ſuſtineri dicatur in *L.* 17. *ff. h.* falſum id eſſet, ſi inſtitutus non conſequeretur hæreditatem, tunc enim deficeret voluntas. Atque hoc diſerte probatur ex *L.* 2. *pr. de Bon. poſſ. ſec. tabb.* ubi Prætor hunc ordinem ſervat, ut primo veniant liberi, at liberis emancipatis juri ſuo renunciantibus, bonorum poſſeſſio ad ſcriptos revertitur, adeoque hi cum effectu conſequuntur hæreditatem. Idem quoque traditur in *L.* 2. *ff. unde lib.* Sane hujusmodi beneficia ſine re & effectu fingi non debent, niſi ubi ipſa lex fingit, uti v. g. in querela inofficioſi teſtamenti, ubi datur titulus bonorum poſſeſſionis ſine re. *L.* 6. §. *f. L.* 7. *h.*

Laut. pag. 491. verb. *ſi tamen præteritus &c.*

Obj. *L.* 1. §. *f. Unde liberi.* ubi emancipato exhæredato, ſuo autem præterito, ille poteſt ab inteſtato ſemiſſem petere: unde ſequi videtur hoc non ſuſtineri, indeque ſcriptum forte hæredem habere quidem bonorum poſſeſſionem, *d. L.* 17. *d. L.* 2. ſed ſine re, & ſine effectu; quia fit cauſa inteſtati. *d. L.* 1.

Resp. (1) Non loquitur textus de filio abſtinente, ſed ubi teſtamentum infirmatur, & cauſa fit inteſtati.

Resp. (2) Loquitur textus de ſuo, non vero de emancipato. De illo omnino verum eſt, quod ejus teſtamentum ſit ipſo Jure Civili nullum, indeque, deficiente filio, legitimi hæredes petere hæreditatem poſſint; quia, teſtamento nullo, illis jus quæſitum eſt ab inteſtato, in horum ergo præjudi-

judicium Prætor tabulas non ſervat, lege nullas, nec jus, lege ipſis quæſitum, aufert, ſed eas demum ſervat, quas ipſe per bonorum poſſeſſionem contra tabulas reſcindit, ſcil. in quibus filius *emancipatus* eſt præteritus, is enim ſi bonorum poſſeſſionem non petat, vel petere nequeat, valet teſtamentum, quippe non reſciſſum.

Insto, quod tamen ſuo quoque bonorum poſſeſſio detur.

Resp. Hoc tantum ſit, ſi ea uti, & ſic a nullitate abſtrahere velit: ejus ergo electio & beneficium id eſt. Interim manet teſtamentum ipſo jure nullum ratione aliorum, quibus inde jus quæſitum eſt.

Hodie autem nihil videtur inter ſuum & emancipatum intereſſe. Nam cum etiam emancipati præteritio poſt *Nov.* 115. faciat teſtamentum ipſo jure nullum, idem jus obtinebit, quod in ſuis, ut ſcil. abſtinente poſthumo valeat teſtamentum ex æquitate; quia tunc proximis jus quæſitum eſt.

Dissentit *Vinn. pr. I. de Exhær. lib. n.* 6. *ſeq. &* §. 6. *I. Q. m. t. in f. ibique Bach. itemque Laut. pr. h.* qui putant, agnatos his caſibus præferri ſcriptis hæredibus, ex capite unde legitimi. Verum Prætor non ſuſtinet teſtamenta hujusmodi in favorem cognatorum, ſed ultimæ voluntatis, adeoque in favorem hæredum ſcriptorum: filius ergo quando abſtinet, & ita vitium quaſi ceſſat, non cognatis, ſed ſcriptis id prodeſt; & inutilis fuiſſet cura Prætoris, ſi nullus inde effectus oriturus eſſet.

Obstat neque, quod dicitur in *L.* 12. *in f pr. de injuſt. rupto &c.* ſuſtineri ex æquitate teſtamentum, ſi bonorum poſſeſſio datur ei, qui ab inteſtato poſſeſſionem auferre poteſt.

Resp. Loquitur ſpecialiter de teſtamento irrito, quod Prætor quidem ſuſtinet, vitio ſublato, at non in præjudicium cognatorum.

Qv. II. *An, ſi teſtamentum ſit ipſo jure nullum, præterito detur quærela nullitatis?*

Laut. pag. 491. verb. *contra hoc competit &c.*

Resp. Accurate loquendo non datur præterito remedium nullitatis, quo teſtamentum nullum dicat, nec eo opus eſt, ſed datur ei ipſa petitio hæreditatis ab inteſtato, ac ſi plane nullum teſtamentum eſſet: ſi jam alter excipiat, teſtamentum adeſſe, tunc replicatur, id non valere & nullum eſſe. *L.* 17. *h. Bach. h. n.* 2. *& n.* 24.

Qv. III. *An testator possit prohibere, ne præteritus nullum dicat testamentum?*

NEGATUR: Nam cum nullitas hæc a lege sit, non dependet ex voluntate testatoris, formas negotiorum mutare, *L.* 55. *de Leg.* 1. *Laut. pag. 491. verb. necpotest &c*

OBJ. *L.* 83. §. *f. de Leg.* 1. ubi valet voluntas testatoris, qui vult eam quocunque modo valere.

RESP. Valet non ut testamentum, quia ibi causa fit intestati, sed valet ut fideicommissum, utpote quod tum speciales solennitas non requirebat.

Qv. IV. *An posthumus imperfectus rumpat testamentum?*

RESP. Si partus est imperfectus, non est partus, sed abortus, neque fœmina parit, sed abortit; idque clare traditur in *L.* 3. *C. de posth. hær.* *Laut. pag. 491. verb. licet sit imperfectus.*

OBJ. *L.* 12. §. 1. *de lib. & posth.* ubi animal non integrum, cum spiritu tamen editum, rumpit testamentum.

RESP. (1) Agit de exsecto, qui membris perfectus esse potest, & non integer edi dicitur, quando sectione partes mutilantur, in se tamen perfectus est, ergo non immaturus, sed mutilus.

RESP. (2) Agit de perfecto quoad omnia membra ad vitam necessaria; ante enim verum est, non esse totum, qualis requiritur in *d. L.* 23. nec integrum, uti debet esse juxta *d. L.* 12.

Qv. V. *An partus septimestris & octimestris rumpant testamentum?*

AFFIRMATUR: Quia vivi & legitimi, positis terminis habilibus, his mensibus nasci possunt. Vid. *supr. L.* 1. *tit.* 6. *q.* 3. *Laut. pag. 491. verb. septimestris, octimestris.*

Qv. VI. *Quando testamentum ruptum ex æquitate prætoria reconvalescat?*

RESP. Contingit hoc, si testamentum Jure Civili est validum; (nam si ipso jure nullum est, non confirmat id Prætor; quod enim non est, nec unquam fuit, confirmari nequit. *supr. q.* 1.) at per bonorum possessionem contra tabulas demum rescinditur, uti si filius emancipatus (non si suus; quia hæc præteritio ab initio testamentum nullum reddit, *d. q.* 1.) *Laut. pag. 491. verb. ruptum hoc modo &c.*

præ-

præteritus ſit: tunc enim, ceſſante vitio & æquitate prætoria, reviviſcit teſtamentum, quod ſemel rite factum eſt.

Ceſſat autem illud vitium (1) ſi filius emancipatus præteritus ſponte abſtineat a bonis paternis. *dict. quæſt.* 1. (2) Si poſthumus ante teſtatorem moriatur. *L.* 12. *pr. h.*

OBSTAT huic poſteriori aſſerto (1) *L.* 15. *h. t.*

RESP. Ibi poſthumus quidem ante patris mortem revera natus eſt, ſed per fictionem Legis Corneliæ contra pater ante poſthumum, qui jam mortuus fingitur in momento captivitatis, quo poſthumus natus nondum eſt.

EXC. Si pater, prægnante uxore, capitur, & nato filio moritur.

OBSTAT. (2) *L.* 2. *C. de Poſth. hær.*

RESP. Agitur de eo, qui naſcitur & moritur poſt mortem patris, nos autem loquimur de eo, qui vivo patre decedit, adeoque & qui illo vivo natus eſt.

Hactenus autem dicta tantum locum habent, ſi vitium citra factum teſtatoris ſpontaneum advenerit, & poſtea ceſſaverit, ſecus ſi illud facto teſtatoris ſpontaneo contigerit, v. g. Si aliud teſtamentum fecit, aut arrogandum ſe dedit; non ſufficit impedimentum hoc ſublatum eſſe, ſed requiritur, ut quoque modo declaraverit, ſe velle teſtamentum illud iterum valere; quia duo, hoc facto, defectus fuere; non tantum enim teſtamentum defecit, ſed & ipſa voluntas teſtatoris, qui ultro inde receſſit; illam igitur voluntatem rediiſſe declarari debet. *L. p. §. f. de Bon. poſſ. ſec. tabb.*

QV. VII. *An rupto teſtamento per agnationem ſui hæredis, legata debeantur, ſi teſtator ſciverit uxorem eſſe prægnantem?*

Laut. Pag. 492. verb. *licet teſtator ſciverit &c.*

NEGATUR: Quia in genere traditur in *L.* 1. *in f. C. de Poſth. hær. inſt.* quod ex rupto teſtamento nihil deberi, neque peti poſſit. Neque ibi diſtinguitur, an pater ſciverit, an neſciverit, prægnantem uxorem eſſe. Accedit, quod legata & fideicommiſſa in jure nunquam ceſſent ideo, quod teſtator ignoret, liberos ſibi eſſe, per text. expr. in *L.* 28. *ff. de Inoff. teſt. L. f. ff. de Hær. Inſt.*

DISSENTIT *Carpz. p.* 3. *c.* 9. *def.* 4. *& ſeq. Brunn. ad Auth. Ex cauſa C. de Lib. præt. n.* 5. *ibique Dd.* qui putant, teſtatore ſciente uxorem prægnantem, valere legata, ignorante, nulla eſſe; quia priori

priori caſu de voluntate ejus conſtare videtur, quod non obſtante graviditate uxoris legata relinquere voluerit: poſteriori caſu non intelligitur in præjudicium filii legaſſe; Idque probant (1) ex *L.* 11. *L. p. C. de Jur. Cod.* ubi, cum a filio pater codicillis relinqueret fideicommiſſum, ignorans, alterum ſibi filium eſſe, filius alter ſolus legata debet.

Resp. Ibi miſit codicillos ad ſolum filium hæredem, eumque nominatim rogavit, ut reſtituat: qua in re cum inſpexerit totam hæreditatem, ejus parte ablata conſtat etiam partem oneris ex mente teſtatoris ceſſare. Ea pars igitur non poteſt obtrudi alteri, cum in ſpecie relicta ſit ab altero.

Insto, quod non videatur oneratus.

Resp. Oneravit teſtator in genere & verbis, a quibus non recedendum, niſi aliud appareat. (2) Per *Nov.* 115. *c.* 3. ubi, ſuo quoque præterito, legata valent, ſui autem atque poſthumi pari jure cenſeri debent.

Resp. Falſum eſt, filio jam nato præterito, legata deberi, nec extra Saxoniam, de qua loquuntur præjudicia apud *Carpz. d. l. def.* 3. *&* 5. receptum hoc jus probari poterit. Adeoque ex hoc ipſo, quod ſui jam nati & poſthumi pari jure cenſeri debeant, ſequitur, legata non deberi. Vid. *ſupr. L.* 5. *tit.* 2. *q.* 5. *& ſupr. tit. de Lib. & poſth. q.* 5.

Qv. VIII. *An teſtamentum ruptum valeat in vim fideicommiſſi, ſi addita ſit clauſula codicillaris?*

Autor putat, tunc demum tale teſtamentum ſuſtineri in vim fideicommiſſi, ſi teſtator ſcivit, uxorem eſſe prægnantem: Verum ex ratione juris dicendum, ſimpliciter valere; quia filius hoc caſu non eſt excluſus, ſed ab inteſtato ſuccedit, & vi clauſulæ codicillaris fideicommiſſario detracta legitima & interdum Trebellianica, hæreditatem reſtituit, *L.* 29. §. 1. *ff. Qui teſt. fac. L. f.* §. 2. *C. de Codicill.* Atque hoc porro evidenter probatur *arg. L.* 28. *ff. de Inoff. teſt. & L. fin. ff. de Haer. inſt.* ubi parentes, qui ignorant liberos ſibi ſupereſſe, & eos deceſſiſſe credunt, teſtamentum in horum favorem confectum mutant, & extraneos hæredes inſtituunt, legataque relinquunt: hoc caſu dicitur teſtamentum poſterius rumpi, ac legata tamen &c. valere, certiſſimo indicio, legata & fideicommiſſa non ceſſare ideo, quod teſtator ignoret, liberos ſibi eſſe.

Laut. pag. 492. *verb. ſuſtinetur tamen.*

Equidem communiter Dd. putant, nihil ex teſtamento, clauſula codicillari munita, deberi, ſi conſtet, teſtatorem neſciviſſe, uxorem prægnantem eſſe, & æquitatis rationem hanc allegant, quod pater præſumatur liberis ſuis nihil auferre, nec clauſulam talem codicillarem adjicere voluiſſe, ſi eos noviſſet: Idque ex conjectura pietatis, quæ legibus quoque fundatur. vid. *L.* 102. *ff. de Cond. & dem.* Sane non videtur teſtator alienas ſucceſſiones propriis anteponere voluiſſe. *L.* 30. *C. de Fideic.* Quibus addunt, quod cum donatio inter vivos hoc caſu revocari poſſit, multo magis legata Conf. *Gail L.* 2. *O.* 144. *Laut. pag.* 492. *ibique Dd. Brunn. ad Auth. Ex cauſa C. de lib. præt. n.* 7. *ibique late Dd.*

Qv. IX. *An mutata voluntas, indeque teſtamentum rumpi videatur, ſi nudis verbis declaret teſtator, ſe inteſtatum decedere velle?*

Laut. pag. 492. verb. *verbis &c.*

NEGATUR: Teſtamentum enim non niſi alio teſtamento facto aliaque inſtitutione hæredis tollitur; quia iisdem demum modis quid diſſolvitur, quibus conſtituitur. *L.* 27. *C. de Teſtam. L.* 4. *de Adim. leg. arg. L.* 35. *de Reg. Jur. Dn. Par. Hyp. Inſt. L.* 2. *tit.* 17. §. 6.

Exc. Si decennium elapſum ſit, adeoque conſtet de perſeverantia voluntatis, vel ex trium teſtium aſſerto, vel ex actis publicis, tunc irritum eſt teſtamentum tam ex contraria voluntate, quam ex curſu decennali. *L.* 27. *C. de Teſtam.*

Obj. *L.* 1. *§.* 8. *Unde liberi.* ubi quælibet voluntas teſtatoris videtur ſufficere ad id, ut prior ejus voluntas mutata præſumatur.

Resp. Loquitur textus de mutatione reali, quæ fit per cancellationem, inciſionem, & alios ſimiles modos.

Hodie tamen nudam revocationem ſtatim valere ex communi Dd. ſententia uſu adprobata, modo coram 7. teſtibus fiat, ſtatuunt *Laut. p.* 492. *Carpz. p.* 3. *c.* 3. *def.* 39. *Dn. Par. d.* §. 6. *in allegat.* Verum vix eſt, ut univerſalem eſſe hanc praxin aſſeramus, tum, quia *d. L.* 27. ſolum caſum decennalis curſus excipit, in omnibus autem reliquis caſibus jus antiquum firmat; tum ratio Doctorum, quod uti voluntate fit teſtamentum, ita contraria voluntate tolli poſſit, hic fallit; nam non nuda voluntate fit teſtamentum, ſed principaliter inſtitutione hæredis, adeoque nec tolli poterit contraria voluntate niſi inſtituto hærede: tutius ergo eſt in illis locis, ubi contraria praxis non apparet, inſiſtere rationi Juris communis.

Qv.

Qv. X. *An lino, quo teſtamentum clauſum eſt, conſulto rupto & inciſo, teſtamentum revocatum videatur?*

AFFIRM. Si id linum ruptum eſt, quo paginæ vel tabulæ colligatæ, & cui ſigna impreſſa ſunt; *L. p. C. de Teſt. L.* 1. §. *p. & ult. de Bon. poſſ. ſec. tabb.* cum enim idem linum ſit, quo ligari tabulæ, & cujus extremo ſigna inprimi ſolent, hinc ſigna ipſa turbata, & non integra videntur, non tantum, ſi ipſa, ſed & ſi linum hoc aliqua ſui parte inciſum vel convulſum fuerit. Unde in *d.* §. *p.* dicitur, non eſſe ſignatas.

Laut. pag. 492. verb. *& ſigillorum turbatione.*

Secus ergo, ſi illud linum vel illa ſigna tantum convulſa ſunt, quibus clauſæ ſunt tabulæ, non quibus ligatæ; nec enim hoc pertinet ad rationem teſtamenti, neque apertura teſtamentum vitiat.

Qv. XI. *An teſtamentum nuncupativum cancellatione inſtrumenti, ſuper eo confecti, rumpatur, ſi Notarius illud in protocollo non deleverit?*

AFFIRM. Nam teſtamentum conſiſtit inſtrumento, & protocollum ſaltem probat, illud factum eſſe: ſi ergo illud laceravit teſtator ultro, videtur mutaſſe voluntatem. *L.* 30. *C. de Teſtam. L.* 1. §. 8. *Unde liberi.*

Laut. pag. 493. verb. *Rumpitur etiam &c.*

OBJ. *L.* 3. *de His, quæ in Teſt. del.* ubi cancellato teſtamento, tantum mutatum videtur, quod inductum eſt.

RESP. Ibi ſingulare eſt, nam in odium hæredum nomina ſunt inducta, indeque valent legata ex æquitate, & interpretatio fit contra fiſcum, qui bona tanquam caduca vindicat.

Qv. XII. *An, ſi priori teſtamento adjecta ſit clauſula de non mutando, illud per poſterius teſtamentum rumpatur, ſi in poſteriori prioris teſtamenti ejusque clauſulæ nulla fiat mentio?*

AFFIRM. (1) per *L.* 6. §. 2. *ff. de Jur. Cod.* ibi: *Licet in confirmatione codicillorum paterfamilias adjecerit, ut non alios valere velit, quam ſua manu ſignatos & ſubſcriptos: tamen valent facti ab eo codicilli, licet nec ab eo ſignati, neque manu ejus ſcripti fuerint:* nam ea, quæ poſtea geruntur, pri-

Laut. pag. 493. verb. *etiamſi in priori &c.*

prioribus derogant. (2) Per *L.* 22. *pr. de Leg.* 3. ibi: *Suprema voluntas potior habetur: nemo enim eam ſibi poteſt legem dicere, ut a priori ei recedere non liceat.* Nam (3) prius teſtamentum per naturam valere non poteſt; quia voluntate deſtituitur: teſtator enim per aliam novam voluntatem a priori receſſit. Et (4) fruſtra dicitur, præſumi extortum: de eo enim cum nihil plane conſtet, & neque coactio, neque delicta, neque facta præſumantur, omnia probari debent. Et quid ſi nemo ſit, cujus ſollicitatio metui potuerit, vel conſtet, id non fuiſſe? Equidem ſi teſtator certam teſtamenti formam & notam quaſi characteriſticam expreſſit, quod ſolum valere, & ex qua ſola nova ejus voluntas conſtare debeat, aliud eſt, nec valebit aliud teſtamentum, ea nota carens; quia tunc poſterior diſpoſitio non eſt vera voluntas, quæ deſtituta eſt ſuo charactere, quem teſtator dedit. Eſtque hoc optimum remedium occurrendi ſollicitationibus importunis, quas metuit teſtator: & is caſus eſt apud *Guid. Pap. dec.* 127. *Sand. L.* 4. *tit.* 1. *def.* 10. Hoc caſu ergo voluntas poſterior non eſt contraria priori, quia non eſt vera, ſed ſimulata, niſi contrarium teſtator dixerit, & abroget notas, quibus in priori veram a ſimulata diſtinxerat. Quanquam ex ſtricta ratione juris contrarium verius ſit, propter *d. l.* 6. §. 2. *de Jur. Cod.* ubi etiam characteres ſunt, ibi: *ut non alios valere velit, quam ſua manu ſignatos & ſubſcriptos*, & tamen poſterior voluntas derogat priori, licet illa neque manu ſua ſignata, neque ſubſcripta fuerit.

Obj. (1) *L.* 22. *pr. de Leg.* 3. ibi: *Sed hoc ita locum habebit, ſi ſpecialiter dixerit, prioris voluntatis ſibi pœnituiſſe, & voluiſſe, ut legatarius plura legata accipiat.*

Resp. Teſtamentum tollitur, quando aliud poſterius ei contrarium eſt, in quo teſtator alios, v. g. hæredes, facit quam in priori: in *d. L.* 22. autem non eſt voluntas poſterior contraria priori, ſed in primo dixit, cui bis legavero, ſemel deberi volo, poſtea bis legat; ergo vi prioris teſtamenti ſemel tantum debetur, quia nihil eſt, ex quo appareat, receſſiſſe a priori voluntate.

Obj. (2) *L.* 12. §. *f. de Leg.* 1.

Resp. Ibi idem id poſtea facit, quod in priore dixerat, in noſtro caſu contrarium facit.

Qu. XIII. *An filio in priori teſtamento exhæredato, in poſteriori præterito, valeat teſtamentum poſterius, etſi imperfectum ſit?*

AFFIRM. Modo PROXIMI AB INTESTATO inſtituti ſint, *L. 12. §. ſ. de Bon. poſſ. contr. tabb.* tunc enim valet poſterius teſtamentum, & reſcinditur demum per bonorum poſſeſſionem, *d. L. 12.* idque ita ex æquitate prætoria, tam in favorem teſtatoris, ut valeat ejus ultima voluntas, quam filii conſtitutum eſt, quia exhæredatio injuriam infert filio, quam ſi impugnare velit, furorem patris arguere, & præterea cauſam ingratitudinis non eſſe, probare debet: merito igitur, his omnibus omiſſis, poſterior voluntas, licet imperfecta, præfertur; hæc enim nec injurioſa eſt filio, nec, ſi impugnatur, furoris arguitur, nec probationis onere gravatur filius. Vid. *Gutieretz.* 5. *q.* 47. *Laut. pag. 493. verb. modo poſterius.*

OBJ. Quod poſterius teſtamentum ſit ipſo jure nullum propter præteritionem, indeque prius, quod validum eſt, eo non videtur mutari.

RESP. Ipſo jure non mutatur prius, ſed ex æquitate Prætoria.

INSTO: Hic videri præjudicium filii: eoque æquitatem nullam ſubeſſe.

RESP. Imo maxima eſt æquitas filii: nam ſi prius valeret, haberet difficillimum remedium querelæ inofficioſi teſtamenti, contra, hic facillimum remedium habet, bonorum poſſeſſionem contra tabb. prætorium vero remedium hic datur; quia ſola æquitate prætoria ſuſtinetur teſtamentum.

Aliud ergo obtinet, nec poſterius teſtamentum ſuſtinetur, ſi EXTRANEA PERSONA in poſteriori ſcripta ſit, *d. L.* 12. ibi: *& ita jus habet, ut, cum is, contra quem filius petit bonorum poſſeſſionem, amodo filio, poſſit obtinere hæreditatem, filius quoque recte videatur petere bonorum poſſeſſionem: ſi vero ille non poſſit obtinere hæreditatem, filius quoque excludatur.* Ratio hæc eſt, quod Legibus in ſolo hoc caſu, ubi proximi ab inteſtato inſtituti ſunt, in favorem agnatorium poſterius teſtamentum ſuſtineatur, licet ſolennitates deficiant, *L.* 20. §. 3. *C. de Teſtam.* adeoque hoc jus derogatorium ad alios caſus, lege non expreſſos, extendi non debet. Proinde filius quoque ad reſcindendum teſtamentum, quod extranea perſona ſcripta non ſuſtinetur, agere nequit.

 At

At hoc casu quinque requiruntur testes. *d. L.* 20. §. 3. *de Testam. Laut. pag.* 433.

Qu. XIV. *An, deficiente hærede, legata debeantur, si clausula codicillaris non sit addita?*

Laut. pag. 493. verb. *qua non facta &c.*

NEGATUR: Quia totum testamentum deficit, non existente hærede, & legata ab hærede præstari debent, qui non est.

Exc. Si clausula codicillaris sit adjecta: nam hæres ab intestato propter clausulam adjectam videtur rogatus, ut legata &c. præstet: modo ejus solennia adsint. Autor putat *pag.* 493. hoc jus hodie sublatum esse propter *Nov.* 1. ubi videtur nunquam deficere hæres; quia, si nolit præstare legata, vel proximi ab intestato, vel legatarii & fideicommissarii, in ejus locum succedunt, & lucrantur hæreditatem.

Resp. In *dict. Nov.* 1. non agitur de casu deserti testamenti, sed ubi hæres adiit hæreditatem, eamque recepit, sed noluit præstare legata. Non ergo ibi quæritur, ad quem pertineat hæreditas non adita: nam ea ex sola lege defertur, sed si hæres relicta a se præstare nolit, & tardet ultra annum, quomodo succurrendum sit legatariis, & dicitur, licitum tunc esse, ut vel proximi ab intestato vel ipsi legatarii &c. eorum præstationem recipiant, & hæreditatem lucrentur. Hic ergo casus plane singularis est.

Qu. XV. *An ad sustinendum testamentum, emancipatione irritum factum, requiratur nova voluntatis declaratio?*

Laut. pag. 494. verb. *ita tamen ut sustineatur &c.*

AFFIRMATUR: (1) Quia per omnem capitis diminutionem, adeoque & per emancipationem testamentum irritum fit. §. 4. *seq. Inst. Quib. mod. test. inf.* Exstincta ergo priori voluntate de nova constare debet, utpote cum ipsa persona, adeoque & ejus voluntas ex subtilitate juris mutata videatur. Atque hinc (2) adeo hæc persona ejusque voluntas tollitur, ut etiam actiones, ei & contra eum competentes, tollantur, & non nisi per restitutionem in integrum salvæ sint. *L.* 2. §. 1. *ff. de Cap. min.* Idque (3) confirmatur ex *L.* 6. §. *f. de Inst. rupt. &c. L.* 22. *L.* 23. *ff. de Test. mil.* §. 5. *Inst. eod.* ubi hoc refertur tanquam privilegium militare, quod testamentum in militia confectum per emancipationem non tollatur, sed

ſed valeat quaſi ex nova voluntate, citra ſpecialem novæ voluntatis declarationem: Quæ exceptio firmat regulam in caſibus non exceptis. Et cum (4) id in terminis de arrogatione dicatur in *L. p.* §. 2. *ff. de Bon. poſſ. ſec. tabb.* eadem quin major ratio erit in emancipatione; quia emancipandus quaſi ſervus fit. *L.* 3. §. 1. *de Cap. min.*

Neque Obstat, quod per emancipationem non mutetur perſona, ejusque ſtatus quoad teſtamentum, utpote quod ſaltem valet in bonis caſtrenſibus, in quibus jam eſt paterfamilias; hæc qualitas autem per emancipationem adeo non tollitur, vel mutatur, ut potius facultas teſtandi augeatur; & jura patrisfamilias extendantur, indeque fruſtra confirmari videtur, quod exſtinctum non eſt. Nam

Resp. Emancipatus in imaginariam ſervilem cauſam deducitur, *L.* 3. §. 1. *de Cap. min.* indeque ex juris ſubtilitate omnium jurium incapax fit, & perſona civilis in hoc momento mori videtur, adeoque nec teſtamentum ab eo confectum valere poterit. Apparet ergo, illud ipſum jus patrisfamilias, vi cujus de peculio caſtrenſi teſtabatur, exſtingui. Nec huc facit, quod illa facultas teſtandi emancipatione augeatur: nam eo tempore, ubi nova illa facultas incipit, jam exſtinctæ eſt prior facultas ipſo jure. Sane facultas ſe obligandi etiam per emancipationem augetur, & nihilo minus obligationes a filiof. contractæ ipſo jure exſtinguuntur, & non niſi per reſtitutionem in integrum reviviſcunt. *L.* 3. §. 1. *de Cap. Min.*

Equidem hodie hæc res utilitatem non habet: Nam ſervilis illa qualitas hodie ceſſat; cum ſervos amplius non habeamus, indeque tota ratio capitis diminutionis ceſſat, eoque teſtamentum durat. Unde & hodie quoque obligationes citra reſtitutionem in integrum ſubſiſtunt. Vid. *Laut. ad tit. de Cap. min.*

LIB. XXVIII. TIT. VI.

DE

VULGARI ET PUPILLARI SUBSTITUTIONE.

Qv. I. *An ſubſtitutio recte definiatur* ſecundi hæredis inſtitutio in locum deficientis primi facta?

Negatur: Quia dantur ſubſtitutiones, quæ non fiunt in locum deficientis hæredis: nam (1) ſubſtitutio pupillaris nunquam fit in locum *propriè eſt.* *Laut. pag.* 494. *verb. ſubſtitutio*

eum deficientis hæredis; notum enim eſt, ita ſubſtitutum, non eſſe teſtatoris hæredem, ſed ipſius pupilli, indeque adeo non in locum deficientis hæredis ſuccedere, ut, ſi hæres ſubſtitutus inſtituto præmoriatur, ſubſtitutus ſubſtituto non acquirat portionem, quam hic, ſi vixiſſet, habiturus fuiſſet. (2) Cum etiam filio exhæredato, adeoque qui plane hæres non eſt, ſubſtitui poſſit, *L.* 47. *ff. h.* §. 4. *Inſt. de Pup. ſubſt.* conſtat, non omnem ſubſtitutionem eſſe in locum deficientis hæredis; quia fit quoque in locum ejus, qui plane hæres non eſt. Atque hinc (3) in *L.* 43. §. 2. *h.* deſcribitur ſubſtitutio per ſolam in ſecundi hæredis inſtitutionem.

QU. II. *An ſubſtitutus ſubſtituto videatur etiam ſubſtitutus inſtituto?*

Laut. pag. 493. verb. *ſubſtitutos ſubſtituto &c.*

RESP. Noviter ergo diſtinguo inter ſubſtitutionem vulgarem, & pupillarem, & regulam illam veram eſſe in ſubſtitutione *vulgari*, non vero *pupillari*, exiſtimo.

Ponamus igitur caſum, teſtatorem *primum*, *ſecundum*, *tertium*, *&* *quartum* ſibi hæredes feciſſe, & poſtea ita ſubſtituiſſe: ſi *primus* hæres non erit, *tertius* hæres eſto; ſi *tertius* hæres non erit, *quartus* hæres eſto; *tertius* ſubſtitutus moritur, ejusque portionem acquirit *quartus*, poſt tertium moritur *primus*; hic jam quæritur: quis huic ſuccedat, an *ſecundus*, vi juris accreſcendi, an *quartus* qui, cum ſit ſubſtitutus ſubſtituti, (i. e. *tertii* præmortui), videtur etiam ſubſtitutus inſtituto, (i. e. *primo*).

RESP. In caſu propoſito (qui de *vulgari ſubſtitutione* loquitur), omnino dicendum, *quartum* præferri debere *ſecundo*, & ſic ſubſtitutum ſubſtituto etiam eſſe ſubſtitutum inſtituto. Ratio evidens hæc eſt, quod teſtator ita ſubſtituendo non hæredibus ſuis, ſed ſibi ipſi hæredem ſcribere, &, ne ipſe inteſtatus decederet, præcavere voluerit. Hinc ergo omnes ita ſubſtituti ſunt hæredes ſucceſſive ſolius teſtatoris, ſi proinde *tertius* præmoritur, & poſt eum *primus*, & neuter hæres eſt, jam ad hæreditatem teſtatoris ex voluntate ejus expreſſa *quartus* vocatur, eoque præfertur *ſecundo*, cui ſaltem ex tacita voluntate accreſcit portio defuncti, indeque locum non habet, ubi expreſſa voluntas exſtat. Atque de tali *vulgari* ſubſtitutione expreſſe loquuntur textus in *L.* 27. *ff. h.* *&* §. 3. *Inſt. de Vulg. ſubſt.* ubi ſubſtitutus utramque partem dicitur conſequi, & ſubſtituti, & inſtituti.

Aliud

Aliud autem eſt in *pupillari ſubſtitutione*: Si enim quatuor illi inſtituti ſint filii, & *primo* impuberi ſubſtitutus ſit *tertius*, huic impuberi *quartus*; *tertius* vero intra pubertatem moriatur, ſuamque portionem ad *quartum* ſubſtitutum transferat, & poſtea demum *primus* decedat; hoc, inquam, caſu *quartus* non conſequitur portionem *primi*, & hactenus fallit regula, quod ſubſtitutus ſubſtituto videatur etiam ſubſtitutus inſtituto. Ratio evidens hæc eſt: quia pupillariter ſubſtituti nunquam fiunt hæredes teſtatori, uti vulgariter ſubſtituti; (quod vel exinde apparet; quia pupillaris ſubſtitutio non fit, niſi ſub conditione: *ſi filius haeres erit, & intra pubertatem deceſſerit*; ſi ergo filius hæres exiſtit, deſinit eſſe hæreditas teſtatoris: quæ differentia inter pupillarem & vulgarem ſubſtitutionem ita in terminis traditur *in pr. Inſt. de pup. ſubſt.*) ſed ſubſtituti fiunt ſaltem hæredes illis, quibus ſubſtituti ſunt, adeoque *quartus* ſaltem eſt hæres *tertii*, & hic hæres *primi*. Ex quibus jam ultro ſequitur, præmortuo *tertio* totum jus ſubſtitutionis exſtinctum eſſe ratione *primi*, & ſic nec ejus ſubſtitutum *quartum* in hujus portionem jus aliquod habere, neque ex ſubſtitutione propria, quia vi hujus ſubſtitutionis tantum eſt hæres *tertii*: neque ex ſubſtitutione *tertii*; quia hic deficit ante inſtitutum, & ſic omne ejus jus ſuccedendi morte exſpiravit. Hoc ergo caſu vocatur *ſecundus*, non quidem jure accreſcendi, quia hoc ceſſat, ubi *primus* ſemel hæres exſtitit, ſed quia cauſa fit inteſtati, indeque concurrunt omnes, qui ab inteſtato in eodem ordine vocantur.

Atque de tali *pupillari* ſubſtitutione in terminis agitur in *L.* 47. *h. Qui habebat filium & filiam impuberes, inſtituto filio haerede, filiam exhaeredavit; & ſi filius intra pubertatem deceſſiſſet, filiam eidem ſubſtituit: ſed filiae, ſi antequam nuberet, deceſſiſſet, uxorem ſuam, item ſororem ſuam ſubſtituit. Quaero, cum filia impubes prior deceſſerit, deinde frater ejus impubes, an filii haereditas ad uxorem & ſororem teſtatoris jure ſubſtitutionis pertineat? Reſpondi ſecundum ea, quae proponerentur, non pertinere.*

Insto, ſecundam ſubſtitutionem hic non eſſe pupillarem.

Resp. Dum impuberi filiæ ſubſtituitur, eſt pupillaris ſubſtitutio, etſi in caſum aliquem ultra pubertatem extendi videatur; & quia in *d. l.* ſupponitur, intra pubertatem deceſſiſſe, adeoque pupillarem ſubſtitutionem effectum habuiſſe, de alia ſubſtitutione textus intelligi nequit.

Obst. *L.* 42. *h.* ubi pupillariter quoque ſubſtitutus indiſtincte utramque portionem acquirit, & primi & ſecundi filii, ſive ille, ſive hic præmoriatur.

Resp. Ibi ſubſtitutus quis eſt utrique filio, adeoque plane quæſtio non eſt de ſubſtituto ſubſtituti.

Mens ergo novæ ſententiæ hæc eſt: In *vulgari* ſubſtitutione omnes ſubſtituti etiam ſucceſſivi ſunt hæredes ipſius teſtatoris, in *pupillari* ſubſtitutione vero nunquam, ſed ibi ſubſtituti ſunt ſaltem hæredes iis, quibus ſubſtituuntur. Unde ultro jam ſequitur, in *priori* caſu ſubſtitutum ſubſtituto etiam eſſe ſubſtitutum inſtituto, quia teſtator plures ſucceſſive ſubſtituendo ſibi cavere voluit, ne deficiente uno ſit inteſtatus, adeoque quamdiu unus adhuc ſupereſt, ille ad hæreditatem teſtatoris ex ejus voluntate vocatur. *Poſteriori* caſu ſubſtitutus ſubſtituto non videtur eſſe ſubſtitutus inſtituto; quia tota ratio ante allegata tunc ceſſat, teſtator enim ita ſubſtituendo non ſibi cavere voluit, ſed ſuis impuberibus, his ſingulis hæredes fecit: ſi proinde unus ſubſtitutus deficiat ante hæredem inſtitutum, eoque ſubſtitutio exſtinguatur; ſubſtituti ſubſtitutus, moriente poſtea inſtituto, non poteſt hujus portionem capere, non ſuo jure; quia ejus hæres non eſt, nec jure ejus, cui ſubſtitutus fuit; quia omne illius jus præmatura morte exſtinctum eſt.

Qu. III. *Quid ſi ſubſtitutus ſit alieni juris, ſervus vel filiusf. teſtator autem putet, eum eſſe ſui juris, an ſubſtitutus, an dominus, aut pater potior?*

Laut. pag. 495. ad verb. *qui ſui juris &c.*

Resp. Subſtitutus ex ratione juris præfertur, at ex ſpeciali Lege Tiberii dividitur inter utrumque. §. *fin. Inſt. de Vulg. ſubſt.*

Sed an æquis portionibus? Affirm. *d.* §. *fin.* §. 41. *Inſt. de Haer. inſt.*

Obj. (1) *L.* 40. *ff. eod.*

Resp. (1) Ibi non fuit quæſtio de tota hæreditate inter dominum & ſubſtitutum, ſed de uno ſemiſſe: quia de uno tantum ſemiſſe deciditur, an ad ſubſtitutum, an ad dominum pertineat, de altero nihil. Ergo unus tantum in quæſtione & lite fuit non alter; quia alias etiam de altero decidi debuiſſet. Cum ergo JCtus dicat; in hoc caſu ſemiſſes fient; certum eſt, illo, quem præ manibus habuit, caſu non fuiſſe dubitatum de eo ſemiſſe, de quo nihil reſpondet, ſed de altero ſolo. Alter igitur vel ad alium aliquem cohæredem, vel ad ipſum ſubſtitutum jure aliquo inſtitutionis pertinuit. Idque conſtat (2) ex ſtatim ſubjecta *L.* 41. *h.* ubi quod dictum eſt de uno ſemiſſe, dicitur de tota hæreditate. Et certum eſt (3) in tota lege tantum, quæ perſona potior, non quæ cuique quantitas debeatur, quæri.

Equi-

Equidem (4) *Alc.* 1. *Disp.* 2. ait, in antiquo codice legi *Sempronium cohaeredem*, ſed non opus eſt tali emendatione; cum de eo non quæratur.

Obj. (2) *L.* 3. *C. h.* ibi: *Hinc NB. praeſumtiones juris non ſequi voluntatem &c.*

Resp. Agit de milite, cujus ſola voluntas inſpicitur, non præſumtio juris.

Qu. IV. *An inſtitutus, cui vulgariter ſubſtituitur, deſinat eſſe ſuus?*

Præmittendum eſt, inter effectus patriæ poteſtatis recenſeri, quod filius patri ſuus & neceſſarius hæres ſit, indeque adigi poſſit, ut adeat hæreditatem: ſi vero pater huic ſuo filio vulgariter ſubſtituit, videtur illam neceſſitatem remittere, & per formulam; *ſi haeres non erit*, ejus arbitrio relinquere, num velit hæres eſſe, num non. *Laut. pag. 495. verb. ſi ipſe haeres non erit &c.*

Hinc jam quærunt Dd. an filius per hanc ſubſtitutionem deſinat eſſe ſuus, quia deſinit eſſe neceſſarius?

Resp. Suitas non tantum conſiſtit in eo, quod filius ſit neceſſarius hæres, ſed & principaliter in jure & vinculo illo patriæ poteſtatis, cujus effectus quoque hic eſt, quod filius ipſo jure ſit hæres citra aditionem. Licet ergo unus ille effectus ſuitatis ſubſtitutione hac tollatur, & neceſſitas ſuccedendi, in favorem patris introducta, ab hoc remittatur: non tamen reliqua jura ſuitatis hoc ipſo remiſſa videntur. Sane jus patriæ poteſtatis, quod ex lege formam habet, non ex nuda voluntate patris; ſed modis demum lege conſtitutis, & v. g. juſta emancipatione tollitur. Atque hinc ſuus etſi fiat voluntarius, tamen ipſo jure hæres eſt, ſi ſe immiſcet, quia tantum ineſt conditio: *ſi velit.* Ea ergo exiſtente, manet ipſo jure hæres, omnesque effectus, quos nuda ſui hæredis exiſtentia producit, manent.

Qu. V. *An caſus potentiae caſum voluntatis includat?*

Affirm. Non vi & proprietate verborum, ſed ex præſumta voluntate teſtatoris & rationis paritate eadem, qua tacita ſub expreſſa continetur; ſcilicet, quia ſubſtitutum ſemel admiſit in hæredis locum, reliquos nunquam, in caſibus ergo non expreſſis, cum quæritur, quem maluerit teſtator in hac parte? Reſpondendum utique, eum, quem conſtat, voluiſſe aliquando hæredem, præ iis, quos quoad hanc partem nunquam vocavit. Et talis extenſio ex præſumta mente teſtatoris manifeſte eſt in *L.* 4. *pr.* & §§. *ſeqq. Gomez.* 1. *reſol.* 3. *n.* 10. *Laut. pag. 495. verb. atque caſus.*

Obj.

Obj. *L.* 21. *h.*

Resp. Non poteſt ulla ratione præſumi, teſtatorem, qui dixit intra decem annos, voluiſſe intra quatuordecim annos; (1) quia hæc contradictoria ſunt, intra decem annos, & ultra decem annos. Imo (2) quia nullus hic eſt caſus omiſſus, qui contineri poſſit ſub expreſſa, juxta *d. L.* 4. *pr. h.* Nam qui exprimit: ſi intra decimum annum moriatur, ei ſuccedere debere Titium, is quoque exprimit, poſt decimum annum ſuccedere non debere.

Obj. *L.* 10. *de Lib. & poſth.*

Resp. Inſtitui poſthumus neceſſario, & expreſſe, in omnes caſus debuit, alias pro præterito eſt; at ſubſtitui in omnes caſus neceſſe non eſt: inſtitutio enim tacita non datur, quin nec valet, ſed filius inſtitutus ſub conditione, ut hic, eſt præteritus. Adde, quod alius caſus ſit, & certum eſt, non contineri, vivo & mortuo patre natum eſſe.

Obj. *L.* 29. §. 11. *eod. L.* 22. *pr. Sol. matr. L. fin. C. de Inſt. & ſubſt. L.* 101. *pr. de Cond. & dem.*

Resp. Non quodlibet ſub quolibet continetur tacite, ſed ſi, ut hic, eadem ratio & præſumta voluntas ſit, quæ in illis & aliis caſibus ceſſat. *Add. L.* 52. §. *f. L.* 53. *de Acq. vel omitt. haer.* ubi nemo ſubſtitutus eſt.

Qu. VI. *An, ſi filiusf. cui quis ſubſtitutus eſt, nolit adire haereditatem, ſubſtitutus ſuccedat, an pater?*

Laut. pag. 495. ad verb. *exſtinguitur.*

Resp. Olim ſubſtitutus; quia pater non poterat hæreditatem capere, invito filio: ergo extitit conditio: ſi hæres non erit.

Hodie ſecus eſt; quia pater, invito quoque filio, poteſt adire, per *L. f. pr. C. de Bon. quae. lib.* ergo nondum extitit conditio; quia pater hæres eſt ex perſona filii, cum habeantur pro una perſona, & perinde ſit, quis eorum adeat, & ſententia teſtatoris ex mente Legis capitur. Et fruſtra reſpondetur, quod hoc caſu filius patrem non faciat hæredem; quia etſi non aditione, tamen inſtitutione ſui paſſiva, ratio enim, cur conditio: *ſi hæres erit*, ita fuerit intellecta; *aut patrem haeredem fecerit*, hæc ſola eſt, quia juris intellectu pro eodem id habetur, ergo & poſt *d. L. fin.* pro eodem habetur, ſi pater ſolus adeat.

Obj. *L.* 13. *§. f. de Acquir. vel omitt. haer.* ubi nec olim filius ſine patre repudiando huic nocebat, nec pater ſine filio.

Resp.

Resp. Non renunciatio patris, sed utriusque valebat, adeoque altera non nocebat filio, qui adhuc adire ex jussu poterat, sed prohibitio patris, ne filius adeat, nocuit; quia non poterat adire, nisi patris jussu. Hoc hodie sublatum.

Qu. VII. *An transmissarii haeredes praeferantur substitutis?*

Affirm. Idque de transmissariis ex jure suitatis & sanguinis indubium est, *Sand. L.* 4. *tit.* 3. *def.* 1. sed & de transmissione ex jure deliberandi idem asserimus cum *Struv. Ex.* 33. *th.* 17. Ratio (1) hæc est, quia nondum extitit conditio *si haeres non erit;* quippe dici non potest, quod noluerit esse hæres, cum nondum se declararit, nec, quod non potuerit, quia capax fuit, sed & morte jus ipsius adeundi non finitur, uti in reliquis, quia ad hæredes transmittitur: ergo non potest dici, quod non possit adhuc adiri hæreditas; quia suum jus omne, & sic etiam jus adeundi transmittit ad hæredes istos. (2) Per *L. un.* §. 13. *C. de Cad. toll.* ubi substitutus demum succedit non adita hæreditate, quando illa non transmittitur, non vero in casu primum ibi memorato, cum transit. *Laut. pag.* 495. *verb. si extraneus &c.*

Obj. Substitutus, qui expressam habet voluntatem, potior esse debet transmissario, qui tantum ex benigna interpretatione Legis venit: dispositio enim hominis facit cessare dispositionem Legis.

Resp. Negatur substitutum habere dispositionem hominis, quamdiu nondum extitit ejus conditio; quia dici non potest non esse hæredem, qui adire, vel præmortuus jus suum adeundi transmittere ad alios potest.

Qu. VIII. *Si haeres minor, cui quis substitutus est, adiit quidem, sed restitutus repudiavit, an substitutus succedat?*

Negatur; (1) quia substitutus deficit, quoties institutus hæres est, *L.* 5. *C. de Vulg. & pup. subst.* atqui institutus hic adiit hæreditatem, & sic vere hæres exstitit. Etsi vero (2) postea contra aditionem restituatur, tamen ipso jure manet hæres, & actiones directæ ipsi & contra eum dantur, ac beneficio demum Prætoris onus & commodum ei aufertur, & hoc sensu recte in *L.* 7. §. 10. *de Minor.* dicitur, quod semel hæres, semper maneat hæres. Accedit (3) quod restitutio nunquam prosit majori, prodesset ei autem, si substituti jus, impetrata a minore restitutione, reviviscere. Atque hoc (4) in terminis traditur in *d. L.* 7. §. 10. *de Minor.* ibi: *Si* *Laut. pag.* 495. *ibid.*

Si autem prius minor adiit haereditatem, mox abſtentus ſit, ſubſtitutum pupillo ſervum cum libertate non poſſe haeredem exiſtere, neque liberum eſſe. Neque (5) dici poteſt, hanc Papiniani ſententiam ab Ulpiano in illa ipſa Lege improbatam eſſe: nam falſum hoc eſſe, ex ipſa inſpectione Legis apparet. Tria nimirum docuit Papinianus: (1) *minori ſubſtitutum ſervum neceſſarium, repudiante quidem haereditate minore, neceſſarium fore*; (2) *& ſi fuerit reſtitutus minor, liberum nihilominus manere*; (3) *ſi autem prius minor adiit haereditatem, mox abſtentus eſt, ſubſtitutum pupillo ſervum cum libertate non poſſe hæredem exiſtere, neque liberum eſſe*: hæc autem Ulpianus notanter *non per omnia* vera eſſe ait. Quædam ergo vera ſunt, indeque videndum, in quibus a Papiniano diſcedat: nimirum in ſolo ſecundo caſu, quando ſcil. *haeres abſtinet & reſtituitur*: nam ſubſtitutum, hærede repudiante, non tantum liberum fieri, ſed & neceſſarium, ait, in caſu: *ſi haereditas ſolvendo non eſt*; cujus rei ratio exſtat in §. 1. *Inſt. de Haer. qual. diff.* Qua ſententia poſita, Ulpianus ad rationes Papiniani, quod ſubſtitutus, reſtituto minore, non amplius ſit hæres, reſpondet, falſam eam eſſe rationem; quia qui ſemel hæres exſtitit, ſemper ipſo jure manet hæres, *d. L.* 7. §. 10. ibi: *Non per omnia verum eſt; nam ſi non eſt ſolvendo haereditas, abſtinente ſe haerede, & D. Pius reſcripſit, & Imperator noſter, & quidem in extraneo pupillo, locum fore neceſſario ſubſtituto: & quod ait liberum manere: tale eſt, quaſi non & haeres maneat, cum pupillus impetrat reſtitutionem, poſteaquam abſtentus eſt: cum enim pupillus haeres non fiat, ſed utiles actiones habeat, ſine dubio haeres manebit, qui ſemel exiſtit.* Ex quibus proinde apertiſſimum eſt. Ulpianum ſaltem circa ſecundum caſum, ſi ſcil. *haeres repudiat*, & poſtea reſtituitur, Papiniani doctrinam improbaſſe, quippe qui aſſerebat, *ſubſtitutum ſaltem liberum fieri.* Iniquum hoc arbitrabatur Ulpianus in caſu, *ubi haereditas non eſt ſolvendo*; quia ſi ſubſtitutus hæres non manet, ignominioſa bonorum venditio ſub nomine reſtituti hæredis fieri deberet, §. 1. *de Hær. qual. & diff.* Proinde ad eum finem etiam cum effectu manet hæres, nec ſervus abſtinere poteſt, cum libertatem ex aditione conſecutus ſit. Apparet ergo, in hoc caſu ſecundo Ulpianum ex ſpecialiſſima ratione corrigere ſententiam Papiniani, & eum ſubſtituto nomen hæredis tribuere non in ejus commodum, ſed ad ſuſtinendam ignominiam venditionis. Conſtat igitur, neque in *primo*, neque in *tertio* caſu Papiniani aliquid mutatum eſſe; non in *primo*, quia ſervus, repudiante hærede, neceſſarius eſt, ſive hæreditas ſolvendo ſit, ſive non, *d.* §. 1. non in *tertio* quia in ſpecie Ulpianus loquitur de caſu, ubi *hæres repudiat*, ibi: *abſtinente ſe hærede*; & ſolam illam doctrinam, ubi Papinianus *liberum manere* dixit, & qui eſt ipſe ſecundus caſus, refutat, ibique ſubſiſtit, nec ad tertium caſum progreditur. Certum ergo eſt, in *d. L.* non dubitari, an ipſo jure hæres maneat ſubſtitutus, qui ſemel adiit, repudiante hærede, & poſtea beneficio Prætoris reſtituitur: ſed an cum effectu hæres ſit, & hoc negat Papinianus, quod Ul-

Ulpianus, reſtringit ad caſum, ſi hæreditas ſit ſolvendo: ſi enim non eſt ſolvendo; tunc etiam cum effectu ſit hæres, ſed ad eum ſaltem finem, ut tunc ignominioſa anctio ejus nomine fiat, *d.* §. 1. Denique (6) pro confirmanda propoſita a nobis ſententia allegari ſolet *L. fin ff. de Succeſſ. edict.* ubi priore cognato, qui adiit, repudiante hæreditatem poſterior cognatus non admittitur, etſi prior reſtitutus ſe abſtinuerit, ſed fiſcus ſuccedit. Videtur ergo exinde conſtare, poſteriorem hæredem aditione prioris ſemel exclusum in perpetuum videri excluſum, ita, ut non reviviſcat jus ejus, licet prior reſtituatur; quia hic vere ſemel hæres exſtitit. Sed, ſi dicendum, quod res eſt, textus hic de plane alio caſu, & de jure antiquo loquitur, nec ad ſubſtitutum applicari poteſt: nimirum loquitur textus de agnato poſteriore, qui olim nunquam vocabatur, exiſtente priore agnato, adeo, ut ſive hic adiret hæreditatem, ſive repudiaret, ſive reſtitutus abſtineret, illa ſola exiſtentia prioris in perpetuum excluderetur, & fiſco hæreditas, excluſis poſterioribus agnatis, delata fuerit. *Ulp. in fragm. tit.* 26. §. 5. §. 7. *Inſt. de Legit. agn. ſucc.* quod jus demum a Juſtiniano mutatum fuit in *d.* §. 7. Exinde ergo ſatis apparet ratio differentiæ inter *agnatum* & *ſubſtitutum*: nam *ille* non vocatur ad hæreditatem, ſi prior agnatus hæres non eſt, ſed ipſa Lege in perpetuum excluſus eſt, eo, quod prior agnatus exiſtat; atque hinc fruſtra quæritur, an jus poſterioris agnati (quod ab initio nunquam habuit, uti id quoque in *d. L. fin.* ſupponi videtur, *arg. voc. habuit*) reviviſcat, ſi prior reſtitutus ſe abſtineat? *hic* vocatur ex voluntate teſtatoris, ſi prior hæres non eſt. Atque hinc de hoc dubitari poteſt, an quia prior impetrata reſtitutione cum effectu hæres non eſt, jus poſterioris reviviſcat? Verum jam dictum eſt, priorem adeuntem manere hæredem directo jure, indeque ſemel defeciſſe conditionem ſubſtitutionis. Sed inquis, *d. L. fin.* de cognatis loquitur, non vero de agnatis, de illis autem falſum eſt, quod poſterior cognatus excludatur, exiſtente priori; quia ubi ſucceſſorium edictum locum habet, *L.* 1. *C. de Succ. ed.*

R e s p. Vox cognatorum eſt generalis, & agnatos quoque complectitur, ſæpiusque agnatos denotat, ut in *L.* 4. §. 2. *L.* 10. §. 4. *ff. de Grad. & aff.* Idque quoque fieri in *d. L. f.* vel exinde patet, quod deficiente proximiore cognato fiſcus ſuccedat, excluſo inferiore cognato, quod tantum de agnatis dici poteſt, *Ulp. d. L.* §. 7. *Inſt. de Legit. agn. ſucc.* & in cognatis in ſpecie ſic dictis oppido falſum eſt, utpote ubi Jure Prætorio inferior gradus ſemper ſuccedit priori, *L.* 1. *C. de Succeſſ. ed.*

Sed huic ſententiæ noſtræ valde O b s t a t (1) textus in *L.* 44. *ff. de re jud.* ubi pupillæ, cum qua ex paterno contractu actum, quæque tutore autore

autore condemnata eſt, poſtea autem ſe abſtinuit, bona ad ſubſtitutum pertinent. Caſus ergo hic eſt, ubi pupilla ſe immiſcuit hæreditati, & creditoribus hæreditariis reſpondit, poſtea vero reſtituta ſe abſtinuit, & hoc caſu ſubſtitutum admitti traditur.

Resp. Loquitur textus de caſu, ubi pupilla nunquam ſe immiſcuit, i. e. ubi hæres non fuit, adeoque ubi conditio ſubſtitutionis exiſtit; ex eo enim, quod paternis creditoribus reſponderit, non ſequitur immixtio; quia intra tempus deliberandi certo modo agere & conveniri poſſunt deliberantes tanquam adminiſtratores legitimi, *L.* 5. *&* *L.* 7. *de Jur. delib.* Pupillam autem non ut hæredem, ſed ut adminiſtratricem hic reſpondiſſe, vel exinde patet, quia ſubſtitutus ex ejus condemnatione dicitur teneri, quod falſum eſſet, ſi adiiſſet, & contra aditionem reſtituta fuiſſet: tunc enim omnia, quæ ut hæres geſſiſſet, irrita forent.

Obj. (2) Quod is, qui adiit, & poſtea reſtituitur, non ſit hæres cum effectu, & quod jus ſuum in integrum recipiat reſtitutus, *L.* 24. §. 4. *de Min.*

Resp. Ad id, ut deficiat conditio ſubſtitutionis, non requiritur, ut hæres ſit cum effectu, ſed ſufficit, hæredem aliquem exiſtere; is vero, qui adiit, verus hæres eſt, & poſt reſtitutionem quoque talis manet, actiones directæ ei & contra eum dantur &c. Vid. *L.* 7. §. 10. *in fin. de Minor.*

Obj. (3) *d. L.* 7. §. 10. *de Minor.* Argumentum tale eſt: ſi hæres, qui *repudiat* hæreditatem, impetrata reſtitutione omnia priſtina jura recipit, & cum effectu hæres eſt, ita, ut ſubſtitutus deſinat eſſe hæres, ſequitur quoque a contrario, quod ſi hæres *adierit* hæreditatem, & poſteā abſtineat, impetrata reſtitutione, cum effectu jam hæres non ſit, indeque ſubſtitutus, exiſtente quippe conditione, admittatur.

Resp. Uti in *priori* caſu ſubſtitutus, qui repudiante ab initio hærede, ſemel hæres exſtitit, poſtea illo reſtituto, non deſinit eſſe hæres ipſo jure, *d.* §. 10. *in fin.* ſed ſaltem quoad effectum, ita *poſteriori* caſu hæres, qui ſemel adiit hæreditatem, ipſo jure manet hæres, licet poſtea contra aditionem reſtituatur, indeque dictum eſt, actiones directas ei & contra eum dari: cum ergo hæres verus hic ſit & maneat, deficit ſubſtitutus, qui ſaltem admittitur, ſi hæres non eſt.

Obj.

OBJ. (4) *L. 1. §. 10. ad SC. Tertull.* ubi, filio contra aditionem hæreditatis maternæ reſtituto, jus antiquum obtinere dicitur, ex ratione, quia etſi aliquando voluit, nunc non vult, certiſſimo indicio, reſtitutione impetrata omnia in priſtinum ſtatum reduci, & eorum, qui ante aditionem admittebantur, jura reviviſcere, nec ſemel excluſum in perpetuum excluſum videri.

RESP. Senſus hujus Legis eſt, quod ſi filius impetrata reſtitutione repudiet hæreditatem maternam, jus antiquum obtineat, i. e. hæreditas matris deferatur juxta Legem. XII. Tabb. agnatis matris, excluſo filio, & merito: nam SCtum Tertullianum in favorem filiorum id ſpecialiter conſtituit, ut, ſi vellent adire hæreditatem matris, (a qua Legibus XII. Tabb. excludebantur) poſſent; adeoque SCtum agnatos matris in hoc ſolo caſu excludit, ſi filii velint ad ſe hæreditatem pertinere; ſi vero nolint, expreſſe reducit jus antiquum, & ſic hic ſemel excluſi ab ipſa Lege revocantur. Neque SCtum aliis, quam filiis proſpicere voluit, & ſic Lex inprimis correctoria extendi ad alios, quam Lege nominatos non debuit.

QV. IX. *Quomodo differant vulgaris & pupillaris ſubſtitutio?*

RESP. *Vulgaris* fit a quocunque teſtatore cuivis hæredi; *Pupillaris* fit a ſolis parentibus, ſolis liberis, in poteſtate conſtitutis. *Laut. pag. 495. verb. pupillaris.*

(2) *Illa* fit in ſolum caſum: *ſi haeres non erit*; *Haec* in caſum: *ſi haeres erit, & impubes deceſſerit.*

Unde (3) porro conſtat, in *vulgari* ſubſtitutum ſemper hæredem fieri teſtatori, nunquam inſtituto; *illeque* ſuccedit ſaltem in bona patris, non hæredis; *hic* ſemper ſuccedit filio, nunquam patri. Nam *ſi filius haeres eſt*, tunc ſubſtitutus ſuccedit tanquam in hæreditatem filii, & bona patris ejus ſunt portio; *ſi haeres non eſt*, tunc ſubſtitutus non ſuccedit in bona patris, ſed ſolius filii.

QV. X. *An expreſſae pupillari inſit tacita vulgaris, vel contra?*

AFFIRMATUR, (1) per textum expreſſum in *L. 4. pr. de Vulg. ſubſt.* ibi: *jam hoc jure utimur &c. ut cum pater impuberi filio in alterum caſum ſubſtituiſſet, in utrumque caſum ſubſtituiſſe intelligatur, ſive filius haeres non extiterit, ſive exti-* *Laut. pag. 495. verb. nam expreſſae vulgari &c.*

terit, & impubes decesserit, & in §. 2. ibi: *Si autem impubes haeres extiterit, & intra pubertatem decesserit, pubes frater in portionem cohaeredis substituatur, quo casu in utrumque eventum substitutus videbitur.* (2) Per *L.* 4. *C. de Impub. subst.* ibi: *quamvis placuerit, substitutionem impuberi, qui in potestate testatoris fuerit, a parente factam ita, si haeres non erit, porrigi ad eum casum, quo, posteaquam haeres exstitit, impubes decessit, si modo non contrariam defuncti voluntatem exstitisse probetur.* Sed & (3) cum *d. L.* 4. *C. item d. L.* 4. §. 2. *ff. h. t.* tunc demum vulgaris tacita non comprehendatur sub expressa pupillari, si talis voluntas testatoris appareat, sequitur, quod regulariter invicem comprehendantur, quia exceptio hæc firmat regulam in casibus non exceptis. Accedit (4) interpretatio juris: nam, quia constat, testatorem in in uno casu substitutum aliis hæredibus ab intestato præferre voluisse, præsumitur, id eum etiam voluisse in omnibus reliquis casibus; substitutum enim in aliquo casu honoravit, reliquos in nullo.

Aliud igitur est, nec tacita sub expressa continetur, si voluntas patris refragatur. *L.* 4. §. 2. *ff. h.* Quod fit, si personæ hæredis in utrumque casum substitui non possit. Unde si alter pubes, alter impubes, hoc communi verbo: *eosque invicem substituo*, sibi fuerint substituti, non potest substitutio in utrumque casum intelligi; incongruens enim videbatur, ut in altero duplex esset substitutio, in altero sola vulgaris. *L.* 4. §. 2. *ff. h.* Idem dicendum, si filio & uxori substituitur. *L.* 4. *C. de Imp. subst.* Aliud exemplum est in *L.* 45. *pr. ff. h.* si quis filio legitimo & naturali substituit.

Obj. (1) *L.* 28. *pr. de Bon. aut. jud. possid.* ubi pupillariter substitutus, si pupillus hæres non est, nihil acquirit ex bonis paternis, sed hæc ad creditores pertinere dicuntur.

Resp. Substitutus ibi non adiit hæreditatem, non, quia non potuit, sed, quia ipse quoque æque ac filius noluit. Nam quæstio ibi tantum fuit; an substitutus pupillo, cum se immiscuit, succedens, possit retinere bona pupilli & abstinere a paternis, ut pupillus potuisset? Neg. quia in immixtione filii una facta est hæreditas, si E. non facta esset immixtio, posset substitutus quoque abstinere. Supponitur e contra quod potuerit adire; quia quæritur: an abstinere quoque possit?

Obj. (2) *L.* 21. *h.* ubi substitutus in casum *si filius ante decennium moritur*, non succedit, si post decennium ante decimum quartum annum moriatur.

Resp.

Resp. Quia in eum caſum neque expreſſe, neque tacite eſt ſubſtitutus, ſed contraria potius teſtatoris voluntas ex eo apparet, quod certos annos intra quos ſubſtitutus ſuccedere poſſit, determinaverit.

Obj. (3) Quod in materia ſucceſſionis hujusmodi extenſiones de caſu ad caſum paſſim prohibeantur: ſic enim qui inſtitutus eſt ea conditione, ſi vivo patre natus fuerit; non videtur inſtitutus, ſi mortuo patre naſcitur. *L.* 10. *ff. de Lib. & poſth.*

Resp. In ſubſtitutionibus hæc interpretatio expreſſa Lege ſtatuta eſt, proinde ad alios caſus non expreſſos extendi non debet.

Qu. XI. *An mater pupillariter ſubſtituere poſſit?*

Negatur: Quia eſt effectus patriæ poteſtatis, ut quis liberis ſuis hæredem ſcribere poſſit; at mater liberos in poteſtate non habet. *Laut. pag.* 495. verb. *mater.*

Obj. *L.* 33. *h.* ubi ſubſtitutio a matre fieri dicitur in *pupillaribus tabulis.*

Resp. Pupillares tabulæ ibi dicuntur, quia pupillus ibi hæres eſt inſtitutus; non quia ipſi eſt ſubſtitutum: neque enim ibi pupillaris ſubſtitutio facta eſt: nam non inſtitutus eſt pupillus, niſi ſi quatuordecim annorum fuerit; & ſic majori ibi ſubſtitutum eſt.

Hodieque id ita obtinere, tradit *Laut. h. t. pag.* 493. *ibique Carpz. p.* 3. *conſt.* 8. *def.* 18.

Qu. XII. *An ſubſtitutio pupillaris praeciſe ſub formula*: ſi hæres erit, & intra pubertatem deceſſerit; *concipi debeat?*

Affirm. id *Laut. pag.* 496. atque hinc putat, ſubſtitutionem exhæredato factam, proprie ſubſtitutionem pupillarem non eſſe; quia formula: *ſi haeres erit*; in exhæredato ceſſat. Rectius autem aſſerimus, formulam hanc neceſſariam non eſſe, ſed ad rationem propriam & neceſſariam pupillaris ſubſtitutionis tantum pertinere: *ſi intra pubertatem deceſſerit*; quia etiam exhæredato a patre vi patriæ poteſtatis, adeoque pupillariter ſubſtitui poteſt, §. 4. *Inſt. de Pup. ſubſt.* ibi: *Non ſolum autem liberis impuberibus inſtitutis ita ſubſtitui poteſt, ſed etiam exhaeredatis.* Atque ita: *ſi intra pubertatem deceſſerit*; formulam concipi ſolere, apparet ex *L.* 28. *pr. de Reb. aut. jud. poſſ.* Neque video, cui uſui ſint reliqua verba, cum ſub illa generali formula, poſitis *Laut. Pag.* 496. verb. *ſit in eum caſum &c.*

fitis terminis habilibus, femper contineantur duæ fpecies expreffe; (1) *fi haeres erit, fed intra pubertatem deceſſerit*; (2) *fi haeres non erit*: nam & is intra pubertatem decedere poteft, & teftator indefinite dixit: *fi impubes moritur, Sejus haeres efto*; ergo five filius hæres fuerit, five non fuerit.

Neque Obstat, quod foleat ita concipi formula: *fi haeres erit, & intra pubertatem deceſſerit, pr. & §. 4. Inft. h.*

Resp. (1) Solet quoque absque illis verbis: *fi haeres erit*, concipi, ut in *L. 28. pr. de Reb. aut. jud.* quin & debet aliquando absque illis verbis concipi, ut in exhæredato. *d. §. 4. Inft. de Pub. fubft.*

Resp. (2) Ita plerumque fit; quia ut plurimum filius hæres inftituitur, indeque pater in utramque cafum, five inftitutus hæres fit, five non fit, profpicere, & fic vulgaris fubftitutionis æque ac pupillaris formulam exprimere folet. Ceffat vero hæc ratio in exhæredato, fed & in cæteris cafibus utramque fpeciem: *five haeres erit, five non erit*, fub generali formula: *fi impubes deceſſerit*, contineri, indeque ut fpecialiter exprimatur, neceffe non effe, jam ante dictum eft.

Qv. XIII. *An fubftitutio, exhaeredato impuberi facta, proprie fit pupillaris?*

Diffent. Laut. pag. 496. verb. Hinc fubftitutio.

Affirm. Nam fubftitutio pupillaris eft effectus patriæ poteftatis, *L. 2. pr. h.* Patria autem poteftas non tollitur per exhæredationem, neque hæc tollit jus fuitatis, fed tantum jus bonorum, quod faltem eft minus principale, de quo plenius egi *fupra.*

Qv. XIV. *An fubftitutus, pupillo intra pubertatem decedente, unam hæreditatem absque altera adire poffit?*

Laut. pag. 496. verb. Nam unam haereditatem &c.

Subftitutus, omiffis patris bonis, poteft SOLIUS PUPILLI bona capere; quia alia eft hæreditas, neque in bonis patris eft, quod pupillus acquifivit, *L. 28. ff. de Reb. aut. jud. poff.* & quia alias propter onera forte patris difficilius adiretur hæreditas filii. *L. 12. h. L. 41. L. 42. de Acq. vel omitt. hær.*

Exc. (1) Si fubftituti fint hæredes neceffarii, *L. 42. in f. pr. de Acquir. vel omitt. hær.* neque enim tunc beneficium abftinendi ipfis compe-

tit:

tit: nam ſi ex voluntate patris hæredi, cui ſubſtituti ſunt, ſuccedunt, ex eadem voluntate quoque ipſius patris bona capere debent; pro parte enim teſtatoris voluntatem improbare nequeunt. Non magis igitur ſubſtitutus neceſſarius filii hæreditatem poteſt repudiare, quam hæres, qui ex ſua parte adiit, jus accreſcendi. *d. L.* 42. *pr.*

Vel (2) ſi pupillus ſe immiſcuit bonis paternis; tunc enim tenetur ſubſtitutus & patris, & pupilli bona capere, indeque utriusque creditoribus ſatisfacere; quia confuſa ſunt bona, & una facta eſt hæreditas filii, quam ſubſtitutus pro parte adire nequit. *L.* 11. §. 2. *h. L.* 28. *de Reb. aut. jud. poſſ.*

Contingere tamen poteſt caſus, ubi ſubſtitutus non poteſt capere bona patris, vel non in ſolitum capere, etſi velit; uti ſi ſit cœlebs, vel filius naturalis, qui duas ſaltem uncias ex bonis patris capere poteſt. Hoc caſu igitur ſubſtitutus cœlebs non acquirit bona, quæ patris fuerunt, *L.* 6. *ff. h.* nec filius naturalis ultra duas uncias der pupillum ex bonis patris aliquid capere poteſt: nam cum Lege in pœnam & odium cœlibatus ac concubinatus hoc ita ſtatutum ſit, pater per indirectum jure ſubſtitutionis evitare illam diſpoſitionem, & filio naturali ac cœlibi totam hæreditatem, Lege ipſi ademtam, relinquere poſſet. *d. L.* 6.

Qv. XV. *An matri præteritæ in ſubſtitutione pupillari detur querela inoſſicioſi teſtamenti, vel condictio ex lege?*

NEGATUR: Non enim dari querelam inofficioſi teſtamenti, demonſtravi *ſupr. tit. de inoff. teſt. q.* 20. Idque etiam in tacita pupillari verum eſſe, probavi *d. tit. q.* 21. *Laut. pag.* 496. *verb. neque matri*

Neque etiam datur condictio ex lege: non ex *d. L.* 32. *C. de Inoff. teſt.* quia, ſi pater teſtamentum facit, non debetur matri legitima, atque inde nec ad ejus ſupplementum agere poteſt; nec ex *Nov.* 115. *c.* 3. quia hæc jubet inſtitui matrem a filio, non vero a patre.

Quid moribus obtineat, vid. *d. q.* 21.

Qv. XVI. *An tempus ſubſtitutionis pupillaris computetur de momento in momentum?*

RESP. Computatur de die in diem, non vero de momento in momentum: nam pubertas Lege Civili eſt conſtituta, *L.* 3. §. 3. *ff. de Minor.* *Laut. pag.* 496. *verb. L. quod tempus.*

L. 8. *ff. de Feriis & dil.* indeque computatio civilis ibi locum habere debet, i. e. dies cœptus habetur pro completo, *L.* 5. *Qui teſt. fac. poſſ.* ex quo igitur ultimus anni decimi quarti dies illuxit, pro pubere habetur, & teſtamentum facere poteſt, *d. L.* 5. eoque expirat ſubſtitutio, *L.* 43. *pr. h.* conf. *ſupr. L.* 2. *tit.* 12. *q.* 1.

Objicit antor (1) *L.* 15. *h.* ſed ibi nihil dicitur.

(2) *L.* 5. *Qui teſt. fac. poſſ.* verum ibi directo contrarium dicitur, ſcil. puberem aliquem eſſe, indeque teſtamentum valere anno decimo quarto, pridie natalis ſui. Conf. *Goth. ad d. L.*

(3) *L.* 43. *§.* 1. *h.* ibi: *omne quidem ſpatium, quod eſt intra pubertatem, liberum eſſe patri ad ſubſtituendum filio.*

Resp. Verum eſt, quod quamdiu durat pubertas, pater filio ſubſtituere poſſit, ſed alia quæſtio eſt, quamdiu durat pubertas; & dicimus, eam finiri anno decimo quarto, pridie natalis, per textum expreſſum in *d. L.* 5. *Qui teſt. fac. poſſ.*

Qv. XVII. *An poſt Nov.* 115. *infirmato teſtamento patris, exſtinguatur ſubſtitutio pupillaris?*

Laut. pag. 496. verb. *Hodie hoc &c.*

Resp. Olim, infirmato teſtamento patris, expirabat quoque ſubſtitutio, *L.* 2. *pr. de Vulg. ſubſt.* quia hæc eſt acceſſio paterni teſtamenti; ſublato vero principali, tollitur quoque acceſſorium. Modo (1) totum teſtamentum infirmetur, non ſi pro parte, uti ſi duo ſunt hæredes, & unus tantum per querelam reſcindit teſtamentum, tunc tota ſubſtitutio manet; quamdiu enim pars ſupereſt, non poteſt principale ſublatum dici. *L.* 8. §. 5. *in f. ff. de Teſt. inoff.* (2) Illud Jure Civili infirmetur: nam ſi Jure ſaltem Prætorio, forte per bonorum poſſeſſionem contra tabulas irritum ſit teſtamentum, ſalva manet ſubſtitutio. *L.* 34. §. *f. h.*

Sed an poſt *Nov.* 115. hoc jus mutatum eſt? An, inquam, infirmato teſtamento patris hodie quoque expirat ſubſtitutio? Negat id *Laut. p.* 496. Sed rectius diſtinguendum eſt, an teſtamentum infirmetur ex Jure veteri, ſcil. propter agnationem ſui hæredis, mutationem voluntatis, deſertionem &c. an vero ex *Nov.* 115. *c.* 3. ſive ideo, quod juſta cauſa non ſit expreſſa: Priori caſu totum teſtamentum hodieque nullum eſt, indeque ſubſtitutio valere non poteſt. *L.* 2. *pr. L.* 10. §. 4. *h.* Poſteriori caſu non

non totum teſtamentum vitiatur, ſed ſola inſtitutio, indeque ſubſtitutio ſubſiſtit. De quo vide late *ſupr. L.* 5. *tit.* 2. *q.* 4. *q.* 6. *&* *q.* 8.

Qv. XVIII. *An, ſi quis duobus conjunctim ſit ſubſtitutus, alterutro mortuo, ſuccedat?*

Resp. Duobus conjunctim ſubſtitutus non ſuccedit, niſi utroque mortuo. *L. p. C. h. L.* 42. *h.* Secus ſi cuique ſeorſim: tunc enim uno mortuo ſtatim ei ſuccedit ſubſtitutus. *§.* 6. *I. h.* *Laut. pag.* 496. verb. *Plura vide &c.*

Non ergo Obstat *L.* 57. §. 1. *ad SCt. Treb.* ubi uterque mortuus eſt, & tamen ſola noviſſimi portio ad ſubſtitutum pervenit.

Resp. Ibi uterque quidem mortuus eſt, ſed prioris portio ad fratrem non pervenit: caſus enim ibi eſt, ubi quis fidei filiorum ſuorum committit, ut, *ſi quis eorum ſine liberis deceſſerit*, portionem ſuam fratri ſuperſtiti reſtituat; *ſi uterque ſine liberis deceſſerit*, totam hæreditatem ad neptem ſuam pertinere vult: *Prior* conditio ibi defecit; quia non ſine liberis deceſſit frater; *Poſterior* conditio itidem defeciſſe videbatur; quia uterque ſine liberis non deceſſit. Verum ex tacita voluntate admittitur ad partem ultimi filiorum, & ſic manet fideicommiſſum ſaltem in parte noviſſimi filii; quia quod altera pars non acceſſit, non debet eſſe cauſa, ut altera quoque privetur. *Struv. Ex.* 33. *th.* 27.

Qv. XIX. *An liberi, in conditione poſiti, etiam ſint in diſpoſitione?*

Ut celebris hæc & intricata quæſtio rite intelligatur, caſum ſupponamus, ubi Teſtator Cajo, hæredi ſuo, *ſi ſine liberis deceſſerit*, ſubſtituit. Si jam Cajus liberos relinquit, certum, quidem eſt quod deficiat ſubſtitutio; quia ejus conditio defecit: hæres enim non ſine liberis deceſſit: at quia liberi a teſtatore prælati ſunt ſubſtituto, quæri ſolet: *an liberi in conditione poſiti, videantur vocati ex diſpoſitione teſtatoris tanquam ejus hæredes, ad eum effectum, ut pater non poſſit excludere liberos, ſed relinquere illis hæreditatem, tanquam ex beneficio teſtatoris quæſitam, teneatur?* Atque hoc eſt, quod quæritur, an liberi ſint, & in conditione & in diſpoſitione. *Laut. ibid.*

Resp. Liberi illi ſaltem ſunt in conditione, non vero in diſpoſitione indeque pater pro lubitu ſuo hos liberos ab hæreditate excludere poteſt. Hoc probatur (1) quia aliud eſt conditio, aliud diſpoſitio: *Conditio* conſiſtit

ſiſtit in caſu futuro incerto; *diſpoſitio* eſt voluntatis noſtræ, quid fieri velimus, declaratio: *hæc* ſola jus facit ex voluntate teſtatoris; *illa* vero in caſu conſiſtit, qui exiſtere non poteſt. Qui proinde ait: *ſi ſine liberis deceſſerit*, non diſponit, ut liberi veniant, vel non veniant. Non magis ergo (2) hi liberi ſunt in diſpoſitione, quam navis, in caſu, quo ſubſtituitur hæredi: *ſi navis ex Aſia venerit*: teſtator enim non diſponit, ut navis veniat, & ſi venit, hoc non eſt ex juſſu teſtatoris, ſed a caſu. Et alias (3) ſi teſtator Cajo in caſum: *Si Titius ſine liberis deceſſerit*, ſubſtituit, ille Titius, ejusque liberi, qui ſunt in conditione, erant quoque in diſpoſitione, cum tamen eos a teſtatore ad hæreditatem vocatos eſſe, nunquam aliquis aſſeruerit. Sed & (4) aut liberi illi tanquam conjuncti in parte hæreditatis vocantur, aut tanquam ſubſtituti, aut ex fideicommiſſo; non autem vocantur tanquam *conjuncti*: quia pater, cui, *ſi ſine liberis deceſſerit*, ſubſtituitur, ex aſſe hæres eſſe dicitur, *L.* 85. *de Hær. inſt.* nec tanquam *ſubſtituti*; quia animus ſubſtituendi liberos non eſt, ſed extraneum ibi ſubſtituit, nec liberi per formulam aliquam ſubſtitutionis vocati ſunt; nec ex *fideicommiſſo*; quia pater ibi non eſt rogatus, ut filiis reſtituat: nulla ergo ratione liberi, in conditione poſiti, ab ipſo teſtatore ad hæreditatem vocati cenſeri poſſunt. Idque (5) in terminis traditur in *L.* 16. §. 1. *de Vulg. ſubſt.* ubi filius, in conditione poſitus, dicitur præteritus, quod falſum eſſet, ſi liberi, in conditione poſiti, ſimul eſſent poſiti in inſtitutione. Sed & (6) conditionem non eſſe in diſpoſitione, apparet ex *L.* 1. §. 8. *ad Leg. Falc. L.* 8. *ff. Si quis om. &c.* Neque (7) in actibus inter vivos id dubium eſt: ibi enim pactum, ut dos, *ſine liberis deceſſerit*, reſtituatur, liberis nullum jus tribuit, ſed exiſtentibus liberis maritus ibi retinet dotem, isque ſolus ejus conditionis effectus eſſe dicitur in *L.* 26. §. 2. *de Pact. dot.* atque ita rem decidunt Dd. comm. *Struv.* 32. *th.* 31. *Hottom. Ill. q.* 13. *Wiſſenb. Diſp.* 57. *h. t.* §. 13. *ibique infiniti alii.*

Exc. Si liberi illi, in conditione poſiti, teſtatori ſunt cognati: tunc enim conjectura voluntatis vocati ex teſtamento videntur præ extraneis, ſive ſubſtitutis, ſive fideicommiſſariis, & teſtator intelligitur rogaſſe ſuum hæredem, ſimulque cognatum, ut liberis hæreditatem reſtituat; cum enim fideicommiſſa etiam ex præſumta teſtatoris voluntate eliciantur, & ita interpretatio fieri ſoleat, ut ex conjecturis quoque animus fideicommiſſum relinquendi colligatur, *L.* 64. *de Leg.* 2. *L.* 67. *ad SCt. Treb. L.* 17. *pr. eod.* nulla magis rationi conveniens eſt conjectura, quam illa, quod teſtator proprias ſucceſſiones alienis præferre voluiſſe videatur, *L.* 30. *C. de Fideic.* idque exemplo *L.* 74. *pr. ad SCt. Treb.* apparet. Adeo autem hæc interpretatio voluntatis in cognatis obtinet, ut liberi præferantur ſubſtitutis, licet

in

in conditione plane positi non sint, sed testator simpliciter dixerit: *Si filius intra trigesimum annum moriatur, Cajus haeres esto*: atque hæc conjectura pietatis dicitur in *L.* 102. *de Cond. & dem.* Et quid præsumtio in favorem liberorum in jure operetur, apparet ex *L.* 8. *C. de Rev. don. & Alciat.* 1. *praef.* 9. Ea autem, quæ hactenus asserui, vel exinde confirmantur, quia, si liberi in conditione positi & substitutus æque cognati, sunt, illa conjectura pietatis cessat, nec liberi, in conditione positi, tum præferuntur nepoti, per textum expressum in *L.* 57. §. 1. *de Leg.* 3.

Atque de tali casu, ubi liberi in conditione positi sunt cognati testatori, agitur in *L.* 85. *de Haer. inst.* agitur inquam in *d. L.* de fratre instituto, cui sub conditione: *si sine liberis decesserit*, servi substituti sunt. Hic igitur ex conjectura illa pietatis testator uti fratrem suum, ita liberos in conditione positos, prætulit extraneis.

Obj. (1) *L.* 74. *pr. ad SCt. Treb.* ubi testator, qui prohibuit filiam, quam cum filio simul instituit, testari, *donec liberi ei sint*, videtur rogasse filiam, ut hæreditatem fratri restituat.

Resp. Non agitur ibi de quæstione, an liberi, in conditione positi, vocentur ex dispositione? nam plane ibi liberi non sunt, indeque frustra quæritur, an sint in dispositione? Potius pro nostra sententia id ibi elicitur, testatorem ex conjectura voluntatis filium suum extraneo præferre voluisse.

Obj. (2) *L.* 76. §. 5. *de Leg.* 2. ubi testator rogat filiam, ut licet plures ei exstituri sint liberi, jam dum viventi plus relinquat.

Resp. Ibi expressa dispositio adest: vult enim uni liberorum plus relinqui. Sed nec hic agitur de quæstione: an liberi, in conditione positi, etiam sint in institutione? nam liberi futuri, qui soli sunt in conditione, ibi non vocantur, sed filius jam natus præfertur suis fratribus a testatore, non ex conjectura voluntatis, sed expressa ejus voluntate.

Effectus hujus quæstionis insignis hic est, quod hæres, cui sub conditione: *si sine liberis decesserit*, substitutum est, existentibus liberis pro lubitu possit de hæreditate disponere, eamque alienare, nec præcise eam liberis jure fideicommissi restituere; quia liberi non sunt vocati a testatore, nec jure fideicommissario, nec conjectura pietatis, quæ in solis cognatis testatoris obtinet, huc applicari potest. Apparet autem ex hoc ipso, aliud esse, si hæres testatori cognatus est: tunc enim testator nominando liberos hæredis, eos-

eosque ponendo in conditione, præsumitur eos quoque simul vocare, & ex conjectura voluntatis extraneis præferre voluisse.

Qv. XX. *Cum, destituto patris testamento, substitutio non valeat, an valere possit, si filius, qui solus haeres erat, abstineat, adeoque nemo haeres ex patris testamento exstat?*

Laut. ibid.

RESP. Valet; quia nuda sui hæredis existentia sufficit ad sustinendum tabulas pupillares. *Struv. Ex.* 33. *th.* 28. *Vid. infr. Lib.* 29. *tit.* 2. *q.* 1.

Qv. XXI. *An mater, quae ad secunda vota transit, exemplariter substituere possit?*

Laut. pag. 496. verb. *licet mater.*

AFFIRM. Quia textus in *L.* 9. *C. h.* in genere matri hanc facultatem concedit, nulla distinctione facta, an ad secunda vota transeat. *Laut. h. pag.* 496. *in fin.*

OBJ. *L.* 22. §. *f. C. de Adm. tut.* ibi: *Lex enim contra foeminas immoderatas & intemperantes prospexit minoribus, quae plerumque novis maritis non solum res filiorum, sed etiam vitam addicunt.*

RESP. Textus loquitur de casu, ubi mater administrat res pupillares; hæc administratio cessat, si ad secunda vota transeat, ex allegatis causis. Sed omnes illæ rationes omneque periculum cessat, ubi mater de re sua disponit, adeoque quemcunque hæredem facere potest.

Qv. XXII. *An pater juste exhaeredatis possit quasi pupillariter substituere?*

Laut. pag. 497. verb. *interdum etiam.*

NEGATUR, (1) per *L.* 9. *C. h.* ubi iis demum quasi pupillariter substituere licet, quibus legitima portio relicta est; hæc autem titulo institutionis relinqui debet: institutio ergo est conditio, sine qua non licita est substitutio. (2) Quia non posset exitum res invenire, si plures vel omnes exhæredato substituant: quis enim præferretur? (3) Humanitatis ratione datur, quæ nulla in iis, qui eos excludunt. (4) Est effectus patriæ potestatis tantum, quod quis filiis impuberibus substituere possit; hæc autem substitutio non permittitur jure patriæ potestatis, sed jure humanitatis.

Qv. XXIII. *An in quaſi pupillari ſubſtitutione parentes praeferri debeant extraneis?*

Negatur; ſed etſi parentes exſtent, alii ſubſtitui poſſunt, modo illis ſalva ſit legitima, *d. L.* 9. expreſſe enim diſtinguitur, *ſi liberi vel fratres ſint, non poſſunt alii ſubſtitui, ſi parentes, poſſunt, ſed ſalva iis legitima.* *Diſſent. Laut. pag.* 497. verb. *aut parentes.*

LIB. XXVIII. TIT. VII.

DE

CONDITIONIBUS INSTITUTIONUM.

Qv. I. *An filius ſuus ſub conditione caſuali vel mixta inſtitui poſſit?*

Negatur, ſed ipſo jure vitiatur inſtitutio: idque non tantum de filio ſuo, ſed & hodie de emancipato, omnibusque aliis, qui per maſculos a teſtatore deſcendunt, verum eſt: quia deficiente conditione eſſent præteriti, *L.* 86. *ff. de Haer. inſt. L. f. h. L.* 4. *C. de Inſt. & ſubſt.* *Laut. pag.* 498. verb. *ſuus autem haeres.*

Exc. (1) Si ſub contraria conditione exhæredatus ſit, uti ſi teſtator ita dicat: *Filius, ſi navis ex Aſia venerit, haeres eſto; ſi non venerit, exhaeres eſto*: hæc inſtitutio conditionalis valet, quia nullo caſu præteritus intelligi poteſt, nam in caſum inſtitutus in contrarium exhæredatus eſt. *L.* 4. *C. de Inſt. & ſubſt.*

Exc. (2) Si ſit poteſtativa conditio, *L. f. ff. h. L.* 4. *ff. de Haer. inſt.* (i. e. talis, quæ ſua natura conſiſtit in poteſtate hominis, etſi caſu fortuito impediri queat, *L.* 4. *C. de Inſt. & ſubſt.*) nam hæc deficere non poteſt, niſi vel arbitrio filii, qui ſi nolit implere, ultro ab hæreditate abſtinere intelligitur, *d. L.* 4. *pr. ff. de Haer. inſt.* ut non opus ſit in contrarium caſum exhæredare, *L.* 86. *ff. de Haer. inſt. L.* 4. §. *f. ff. eod. vel* ex caſu, culpa ejus ſuperveniente, & tunc, quia per hæredem ſtat, quo minus impleatur, itidem abſtinere ab hæreditate intelligitur.

 Fa-

Facti autem quæstio eſt: an in arbitrio ejus fuerit, adeoque an per eum ſteterit, an non? *L.* 4. §. 1. *ff. de Haer. inſt.* Si in arbitrio ejus eſt conditio, ut impleri ſtatim poſſit, omnino parere tenetur, adeo, ut ſi antequam paruerit, deceſſerit, hæreditas adita non videatur: idque verum eſt, etſi cum ſemel parere potuiſſet, poſtea in perpetuum fiat impoſſibilis. *Vid. ſupr. L.* 12. *t.* 4. *q.* 6. 7. 9. Nam jam per filium ſtat, quo minus impleta fuerit, cum ſemel implere potuiſſet. At ſi in arbitrio ejus non eſt, parere ſtatim conditioni, uti ſi iter ipſi trans mare injunctum ſit, quod propter hyemem perficere non potuit, tunc licet deceſſerit interim, paruiſſe videtur, *L.* 4. *pr. ff. de Haer. inſt. L.* 4. *C.* ibi: *manifeſtum enim eſt, multis caſibus non voluntariis, ſed fortuitis evenire potuiſſe, ut eam implere non poſſet, & tamen adire haereditatem non prohibetur, de Inſt. & ſubſt.* Conf. *L.* 23. *h. L.* 31. *de Cond. & dem. L.* 39. §. 4. *de Stat. hom. Vid. ſupr. L.* 12. *t.* 4. *q.* 6. 7. & 9. nam per eum non ſtat, quo minus impleat, inde paruiſſe videtur.

Adeoque vera manet illa exceptio, quod filius ſub conditione poteſtativa inſtitui poſſit, modo (1) ſit *honeſta*, nam quæ contra bonos mores ſunt, nec facere nos poſſe, credendum eſt, *L.* 15. *ff. de Cond. inſt. Jul. Clar.* 3. *ſent.* §. *teſtam. q.* 39. inde talis conditio dicitur remitti, uti altera detrahi, *L.* 20. *de Cond. & dem.* Tales quoque ſunt inhumanæ, *L.* 27. *pr. h.* deriſoriæ, *L.* 14. *h.* vel aliæ legibus improbatæ, uti ſub conditione jurisjurandi relictæ, *L.* 8. *h.* quia ſine cauſa profanatur nomen Dei.

INSTO, quod tales conditiones non dicantur remitti, ſed nullæ eſſe, *L.* 15. *de Cond. inſt.*

RESP. (α) In filio plane non valent ejusmodi conditiones; quia habetur pro præterito, & ſic non opus eſt, illas omitti, quæ jure non valent. (β) Non nocent legitimæ, *Laut. pag.* 498. verb. *quae ipſa detrahitur, &c.* ut ſi hæres ſcribitur ſub conditione: ſi 1000. Cajo ſolverit: ſi enim legitima ſalva non eſt, onus detrahitur. *L.* 32. *C. h. t.*

Laut. pag. 498. verb. *Quod etiam hodie.*

Diximus, conditiones caſuales & mixtas, adjectas filiis, ipſam inſtitutionem vitiare; an vero hoc poſt *L.* 32. *C. de Inoff. teſt.* quoque obtinet, vel anne potius hæc conditio quoad legitimam tanquam onus detrahi, & quoad cætera valere debet? Prius affirmatur, & tota inſtitutio hodieque nulla eſt, ac filius pro præterito habetur. (1) Quia in *d. L.* 32. ſupponitur teſtamentum validum, & contra quod querala moveri poteſt, non ubi teſtamentum nullum eſt; uti ſi ſub conditione non poteſtativa eſt inſtitutus. (2) Non eidem diſpoſitioni conditio pro parte detrahi, neque una ac indi-

vi-

vidua diſpoſitio pro parte eſſe pura, pro parte conditionalis, indeque pro parte valere, pro parte non valere poteſt, non magis, quam una eademque obligatio. (3) Filius hodieque neceſſario inſtituendus vel exhæredandus, alias teſtamentum eſt nullum, *Nov.* 115. *c.* 3. ſed inſtitutus ſub conditione caſuali non eſt neceſſario inſtitutus; quia deficere conditio & ſic inſtitutio poteſt. (4) Per *L.* 4. *C. de Inſt. & ſubſt.* ubi præteritio nullum facit teſtamentum, quæ nullibi abrogata. (5) Quia minus hodie præteriri poteſt filius, quam olim, ſcil. non niſi cauſa expreſſa, *d. Nov.* (6) Hæc ſententia eſt veterum Doctorum omnium usque ad Bartolum, ut docet *Caſtr. in L. 6. de Haer. inſt. n.* 1. eamque communem ait *Clar. §. teſtam. q.* 39. *Jaſon. in d. L.* 4. *Perez. in C. ad tit. de Inſt. & ſubſt. n.* 7. *Bach. vol.* 2. *D. th.* 3. *lit. D. Fach. L.* 5. *c.* 71. *Don.* 6. *Com.* 12. In eam denique concedit *Brunn. in L. f. C. de Inſt. & ſubſt.* Diſſentit *Struv. Ex.* 33. §. 47. ubi ait, contrariam ſententiam eſſe communem.

Obj. *L.* 32. *L.* 36. *§.* 1. *C. de Inoff. teſt.* ubi conditio detrahitur.

Resp. Loquuntur de caſu, quo teſtamentum querela impugnari potuit, adeoque ubi inſtitutio filii valet, non quo filii præteriti ſunt, & totum teſtamentum nullum eſt.

Qu. II. *An conditio impoſſibilis vitiet inſtitutionem?*

Resp. Conditio impoſſibilis ſive natura, ſive jure non vitiat inſtitutionem, ſed conditio detrahitur, per textum expreſſum in *L.* 16. *ff. de injuſt. rupt. irrit. fact. teſt.* ibi: *Si vero NB. impoſſibiles ſunt, veluti Titius, ſi coelum digito tetigerit, haeres eſto, placet, perinde eſſe, quaſi conditio adſcripta non ſit, quae eſt impoſſibilis.* Conf. *L.* 1. *L.* 3. *de Cond. & dem. L.* 50. §. 1. *de Haer. Inſt. L.* 3. *pr. de Stat. lib.* Ratio additur in *L.* 8. §. 7. *h.* Quod non videatur defectus in conditione, ſi parere conditioni non poteſt; implenda enim voluntas, ſi poteſt. *Laut. pag. 498. verb. impoſſibilis natura &c.*

Atque huc pertinent omnes illæ Leges, quibus impoſſibilis conditio vitiari dicitur: Nam (1) in *d. L.* 16 conditio eſt, ſi cœlum digito tetigerit; (2) in *L.* 6 *§.* 1. *de Cond. & dem.* formula eſt, ſi ſervos (qui præmortui ſunt) manumiſerit, vel ſi mater & filia (quæ præmortua eſt) vivent: (3) in *L.* 20. *pr. de Cond. inſt.* uxor ſolum maritum, cui dotem promiſerat, inſtituit hæredem, ſi neque petiiſſet, neque exegiſſet dotem: hæc enim conditio per naturam exiſtere non poteſt, quia maritus, qui ipſe hæres eſt, a ſe ipſo exigere illam cautionem deberet. *d. L.* 29. & *L.* 7. §. 1. *de Cond.*

Cond. & dem. Eadem quoque ratio & ſimilis formula eſt in *L.* 4. §. 1. *h.* (4) In *L.* 8. §. 7. *h.* formula eſt, ſi juraſſet, ſe Stichum (jam mortuum) manumiſſurum.

Exc. (1) Si conditio ſit perplexa, ſive fruſtratoria atque cavillans, qua id, quod ab initio verum conſtituitur, falſum reperitur; tunc enim inutilis eſt diſpoſitio, & conditio deficere videtur, per text. expr. in *L.* 88. *ad L. Falc.* Atque de ejusmodi conditionibus fruſtratoriis ſeu cavillantibus agitur in *L.* 4. §. 1. *de Stat. lib.* uti (1) ſi libertas in tam longum tempus eſt collata, ut eo tempore is, qui manumitti debuit, vivere non poſſit. (2) Cum libertas ei data eſt, ſi millies dederit, vel, cum morietur, his caſibus inutile dicitur legatum. *d. L.* 4. Eadem ratio eſt, cum teſtator, hæreditate legatis exhauſta, Titio quoque legatum relinquit ſub conditione: *Si Falcidiae locus non eſſet*; hæc conditio, quippe cavillatoria, vitiat legatum, & conditio deficere videtur. *d. L.* 88. Etſi enim hæ conditiones non ſint impoſſibiles natura, tamen adeo difficiles ſunt, ut potius inde appareat, teſtatorem animum non habuiſſe legandi, uti id traditur in *d. L.* 4. §. 1.

Exc. (2) Si duæ diſpoſitiones, directo invicem contrariantes, in teſtamento exſtent, hoc caſu in ſpecie conſtitutum eſt, ut neutra valeat. *L.* 188. *de R. J. L.* 13. §. 3. *de Reb. dub.* Atque de tali duplici diſpoſitione conditionata, contrarietatem involvente, in terminis agitur in *L.* 16. *ff. de Cond. inſt.* verba hæc ſunt: *Si Titius haeres erit, Sejus haeres eſto: Si Sejus haeres erit, Titius haeres eſto; Julianus inutilem inſtitutionem eſſe ſcribit; cum conditio exiſtere non poſſit*; Ibi enim Sejus non eſt hæres ſcriptus, niſi ſub conditione, ſi Titius hæres erit. Videndum ergo, an exſtiterit conditio, i. e. an Titius hæres ſit, & negatur: nam Titius itidem ſub conditione eſt ſcriptus, ſi Sejus hæres fuerit. Hæc jam conditio deficit: nam Sejus, ſi vellet implere conditionem: & adire hæreditatem, non poſſet: quia Titius nondum hæres eſt, ita e contrario nec Titius adimplere poteſt; quia Sejus nondum hæres eſt. Igitur teſtator vult, Titium ante Sejum hæredem eſſe, & Sejum ante Titium, quæ ſunt contradictoria.

Qv. III. *An dies poſſit adjici inſtitutioni?*

Laut. pag. 498. verb. Dies etiam &c.

Resp. Dies *certus, an* ſit exſtiturus, adjici nequit, ſed ille vitiatur, & detrahitur, §. 9. *de Haer. inſt.* ibi: *denique diem adjectum habere, pro ſupervacuo placet, & perinde eſſe, ac ſi pure haeres inſtitutus eſſet.* Rationem affert *Laut. h.* ne pro parte temporis inteſtatus quis videatur, uti eſſet die ad-

adjecto: nam revera teſtator ante hunc diem exiſtentem noluit ſibi eſſe hæredem.

Obj. (1) Non videri pro parte temporis inteſtatum, quia dies ſtatim cedit, etſi nondum venit, *Laut. pag.* 52. incipit ergo ſtatim eſſe hæres.

Resp. Dies ſtatim cedit in *obligationibus*, quia neceſſitas ſtatim incipit, non in *facultate*, uti hic, ubi nulla eſt obligatio, ſed mera facultas adeundi, quæ non incipit, niſi die veniente; medio ergo tempore eſt inteſtatus.

Inst. (2) Adjecta conditione dies ſtatim cedit, cur non adjecto die?

Resp. Ratio differentiæ hæc eſt, quod *conditio* retrotrahatur, & ſalva voluntate teſtatoris retrotrahi poſſit; quod ſecus eſt in Die. Dum enim teſtator diem adjicit, videtur noluiſſe medio tempore eſſe hæredem, indeque in mora eſt teſtator, & voluit in mora eſſe, ideoque contra voluntatem teſtatoris retrotrahi dies nequit: Contra in conditione voluit medio tempore eſſe hæredem, voluit conditionem venire, indeque non teſtator, ſed conditio in mora eſt: & ſic non obſtat voluntas teſtatoris, quo minus retrotrahi conditio poſſit, cum eam venire voluerit, indeque fictione juris medio tempore inteſtatus hic non eſt. Idque nervoſe ita traditur in *L.* 41. §. 1. *de V. O.*

Obj. (3) Atqui legato dies adjecta a tempore mortis cedit, *L.* 5. §. 1. *Quand. dies leg.* indeque dies non detrahitur, ſed expectare legatarius illum tenetur, *Leg.* 45. §. 1. *de Leg.* 1.

Resp. Quia tum non de mera facultate agitur, ſed de obligatione quoque hæredis, qui præſtare tenetur: quæ neceſſitas ſtatim incipit, etſi peti nondum poſſit. Accedit, quod in legatis ceſſet ratio prohibitionis: neque enim die legato adjecta pro parte temporis inteſtatus videtur.

Obj. (4) Quod in contractibus quoque dies adjecta non detrahatur.

Resp. Hoc inde eſt, quia in contractibus metus ille, ne pro parte temporis inteſtatus videatur, ceſſat.

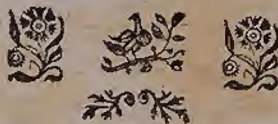
Dies *incertus an* ſit exſtiturus, adjici poteſt: uti ſi quis inſtituitur, cum pubes fuerit. Nam cum præmori hæres, nec pubertatis annos attingere poſ-

possit, vera est conditio, quæ in incertum eventum aliquid suspendit, *L.* 21. *L.* 22. *ff. Quand. dies leg.* Hic ergo exspectari debet eventus, quo deficiente, non videtur institutus.

Dies *incertus quando* sit exstiturus, regulariter adjici institutioni nequit *L.* 17. *ff. de Cond. ind. L.* 1. *ff. de Cond. & dem.* sed detrahitur; quia est certum, quod sit exstiturus, adeoque hic apparet, testatorem ante existentem diem noluisse sibi hæredem, & sic pro parte temporis esset intestatus. Atque hinc, si quis *Titium, cum morietur*, hæredem instituit, in momento mortis Titius fit hæres; quia hoc momentum vitæ tribuitur, *L.* 4. §. 1. *Quand. dies leg. L.* 79. *de Cond. & dem.* quia ergo casus hic incertus non est, sed Titius necessario in momento demum mortis hæres exstiturus est, medio tempore intestatus esset defunctus, qui noluit sibi hæredem esse, nisi in momento mortis hæredis.

Exc. Si dies *incertus, quando* sit exstiturus, simul sit incertus, *an* sit exstiturus: uti si quis Titium, *cum Sejus morietur*, haeredem instituit: hic enim incertus est eventus, quia Titius praemori ante testatorem vel Sejum potest, quo ipso deficeret conditio. Eadem ergo hic ratio est, quae in conditione, *L.* 9. *C. de Haer. inst. L.* 4. *Quand. dies leg. L.* 1. §. 2. *de Cond. & dem. L.* 74. *ff. eod.* Neque hoc in institutione saltem obtinet, sed & in legatis sub tali die relictis: nam ibi quoque, si *cum Titius morietur*, legatur, dies pro conditione est & incertus, an sit exstiturus; quia praemori legatarius ante Titium, eoque deficere conditio posset, *L.* 1. §. 2. *L.* 4. *Quand. dies leg. L.* 13. *de Cond. & dem.*

Notabilis ergo & vix a Dd. observata est haec differentia, an testator diem incertum, *quando* sit exstiturus, ipsi honorato, an Tertio adjiciat: priori casu, si Titium, *cum morietur*, haeredem instituit, dies est certus, quod sit exstiturus; quia ante se mori, indeque deficere conditio nequit: in momento ergo, quo moritur, & quod vitæ tribuitur, hæres est; posteriori casu, si Titium, *cum Sejus morietur*, instituit, est pro conditione; quia incertus est, an sit exstiturus: nam præmori Titius, eoque deficere conditio potest.



LIB.

LIB. XXVIII. TIT. VIII.

DE JURE DELIBERANDI.

Qv. I. *An (α) nemine urgente ſemper deliberare poſſit hæres; & (β) quinam urgere poſſint?*

Resp. Ad (α) Hæredem ſemper & in perpetuum deliberare poſſe, tum, quia eſt res meræ facultatis, cui nunquam præſcribitur; tum quia ad id, ut quis lapſu temporis jure ſuo excludatur, requiritur contradictio partis adverſe, quæ ceſſat, ſi nemo ſit, qui urget. *Laut. pag.* 498. verb. *Quamdiu nemo urget &c*

Obj. *L. 7. C. de Pet. hær.* ubi hæres poſt 30. annos excluditur ab hæreditatis petitione.

Resp. Verum hoc eſt, ubi tertius aliquis poſſidet hæreditatem, & hæredem negligentem a jure ſuo excludit: ſecus autem, ſi nemo hæreditatem poſſideat, tunc in infinitum hæres deliberare poteſt.

Resp. Ad (β) Urgere poſſunt (1) *creditores*, quo pertinent *legatarii & fideicommiſſarii*, ad eum effectum, ut hæreditas habeatur pro adita, ipſisque ex bonis hæreditariis ſatisfiat. *L. f. §. p. C. de Jur. delib.* (2) *Hæredes legitimi & ſubſtituti* ad eum effectum, ut hæreditas pro repudiata habeatur, ipſique in locum hæredis deficientis ſuccedant. *L. 69. ff. de Acq. hær. Laut. h. t.* *Laut. pag.* 498. verb. *ſi vero intra hoc ſpatium &c.*

DE BENEFICIO INVENTARII.

Qv. II. *An jurata ſpecificatio ſit loco inventarii?*

Negatur: Nam (1) in jure certa forma inventarii confectioni præſcripta eſt: & huic negotio beneficia quædam indulta ſunt, quæ ad alia negotia citra legis diſpoſitionem extendi non poſſunt. Accedit (2) quod omnis fere fides, quæ tota ratio illorum beneficiorum eſt, in jurata ſpecificatione ceſſet, utpote ubi non fit conſignatio, quæ requiritur in confectione inventarii, *L. f. §. 2. C. de Benef. invent.* nec ea præciſe fit intra tres menſes, uti inventarium, *d. L. f. §. 2.* neque in præſentia eorum, quorum intereſt, quod ad eſſentiam inventarii requiritur. *Nov. 1. c. 1. & c. 2. §. 1.* Penitus igitur ſecuri poſſunt eſſe illi, quorum intereſt, confecto inven-

inventario; quia ſtatim omnia defuncti bona conſignantur, ac in præſentia eorum, quorum intereſt, poſtea ſpecifice notantur, indeque omnis præſumtio fraudis ceſſat; quod ſecus eſt, ubi hæres non obſignatis bonis, nec citatis eis, quorum intereſt, bona hæreditaria poſt longum aliquando tempus notat.

Insto, quod tamen fides juramento tribuenda ſit.

Resp. Fides juratæ ſpecificationi moribus quorundam locorum tribuitur ad eum effectum, ut vires hæreditatis inde cognoſcantur, non vero, ut reliqua jura & privilegia inventarii ei tribuantur, nam beneficia illa legibus ſub certo modo ſtatuta ſunt, quo non obſervato uti ratio eorum, ita & ipſa beneficia ceſſant.

Atque pro hac ſententia militant *Dn. Par. in Hyp. Inſt. L.* 2. *tit.* 19. §. 7. *Sand. L.* 4. *t.* 12. *def.* 2. *ibique alleg. Mev. p.* 2. *dec.* 96. Diſſentit *Brunn. ad d. l. f. n.* 24. At aliud eſt Jure Saxonico, ubi plane inventario non opus eſt, ſed ſufficit, ſi vires hæreditatis jurato indicet, *dict. Hyp.* §. 7. ibique *Carpz. p.* 3. *c.* 33. *def.* 18. *& ſeq. Philipp. Uſ. pr. Inſt. L.* 2. *Ecl.* 77. ubi, id etiam in feudalibus obtinere, ait *n.* 6. Conf. *Laut. p.* 500. *pr.*

Qv. III. *An mater juratam teneatur edere ſpecificationem ſuis liberis?*

Resp. Mater, de edenda jurata ſpecificatione ſollicitata, ſe ad id obligari non poſſe, putavit; (1) quia pater inde liberatur, adeoque & mater quoque, imprimis (2) quia utrobique eadem eſt ratio: ideo enim pater a juramento hoc liberatur, quia ſimile eſt juramento calumniæ & purgationis, quo hæres purgat præſumtionem doli in omiſſione inventarii commiſſi, quæ præſumtio nec in patrem, nec in matrem, *Brunn. ad ff. L.* 16. *ff. de Jurej. n.* 8. *Weſenb. Conſ.* 86. *n.* 4. *& Conſ.* 91. *n. fin.* utrique enim æqualis pietas & æqualis reverentia debetur. *L.* 4. *ff. de Cur. fur. L.* 6. *de in jus voc. Nov.* 162. *c.* 3. *in f.* Unde (3) plurimi Dd. ita ſentiunt. *Roſa ad Moll. p.* 2. *Conſt. El.* 11. *n.* 12. *Fuchſ. de Invent. c.* 32. *n.* 2. *Brunn. d. l. Finckelth. O.* 76. *n.* 19. *&* 20. *Berl. p.* 2. *c.* 160. *n.* 44.

At, his non obſtantibus, mater condemnata fuit; (1) quia quilibet immiſcens ſe bonis defuncti, & hæreditatem propria autoritate occupans, confectioni inventarii ſe obſtringit, *L. f.* §. 10. *C. de Jur. delib.* vel quæ J. Sax. ei ſucceſſit, juratæ ſpecificationi. *Conſt. El. Sax. p.* 3. *c.* 33. §. Damit aber. Hæc regula tantum patitur exceptionem in patre, *L.* 6. §. 2. *& L.* 8.

§. 4.

§. 4. *C. de bon. quae lib.* non ergo in matre. Accedit (2) ratio differentiæ: ideo enim pater liberatur, quia vi patriæ poteſtatis uſumfructum habet, adeoque jus in re, indeque inventario opus non eſt; *dd. LL.* in matre autem ceſſat & patria poteſtas, & uſusfructus. Quin (3) mater ſe ſuſpectam dicitur reddere, adminiſtrationem bonorum maritalium ſuſcipiendo. *Surd. dec.* 318. *n.* 7. *Klok. Conſ.* 91. *n.* 17. Quæ ſententia (4) communior eſt, *Carpz. L.* 6. *Reſp.* 69. *Mev. p.* 7. *dec.* 50. *&* 137. *Idem ad Jus Lubec.* 2. *c.* 8. *n.* 78. *H. Piſt. O.* 137. *n.* 2. *Mart. proc. tit.* 45. *n.* 108. *Brunn. Conſ.* 58. *n.* 15. *Pinell. de Bon. mat. L.* 1. *p.* 2. *n.* 28. *Bald. in L.* 6. *§. f. de bon. quæ lib. n.* 3. *Alex. O.* 110. *n.* 3. *Phil. in dec. XXI. O.* 4. ubi ea quæ obſtant, reſolvuntur. *Stryk. Diſput. de Remiſſ. invent.*

Atque ita in contradictorio bis judicatum in Curia Halberſtadienſi, in cauſa tutoris Annen Magdelenen Schneidern, contra Rel. Schneiders (1) d. 15. Mart. 1708. (2) d. 28. Jun. ejusd. ann. item in cauſa Rel. Weiſers, contra Caſp. Reulen, & Rel. Weiſers jun. d. 1. Sept. 1687. Neque obſtant allegatæ ab initio rationes: nam quod primam & ſecundam attinet, jam dixi rationem differentiæ, & cur ſingulare ſit in patre.

Insto: Diſpoſitio illa Juris Civilis loquitur de peculio adventitio ordinario, ut hactenus quidem liberetur pater a confectione inventarii, non vero in aliis, in quibus tamen hodie liberatur: cum ergo in patre id hodie receptum ſit, cur non in matre, cum in his eadem ſit reverentiæ ratio?

Resp. (1) Cum praxis a Jure Civili quoad patrem recedat, ſtrictiſſime illa mutatio intelligi, nec ad alios extendi debet. (2) Pater & poteſtatem, & prudentiam, & affectum habet, mater affectum quidem, non vero poteſtatem ac prudentiam. Atque hinc magis proſpici debet liberis contra matrem, quam contra patrem.

Qu. IV. *An, confecto inventario, actiones inter defunctum & hæredem ſalvæ maneant?*

Resp. Actio, quam *hæres* contra *defunctum* habuit, omnino ſalva manet, nec confuſione exſtinguitur, per text. expr. in *L. f.* §. 9. ibi: *Si vero & ipſe aliquas contra defunctum habet actiones, non hæ confunduntur. C. de Jur. delib.* Effectus enim introducti beneficii inventarii eſt, ne hæres teneatur ultra vires hæreditatis, teneretur autem, ſi actio, quam contra defunctum habet, confunderetur: tunc enim hoc jus ſuum ultra vires hæreditatis

Laut. pag. 500. *ad verb.* (3) *actiones inter &c.*

tatis creditoribus relinquere cogeretur. Conf. *Surd. dec.* 310. & *dec.* 92. *Hering. de Fidej. c.* 20. §. 16. *n.* 25. *Zang. de Exc. p.* 3. *c.* 7. *n.* 28.

At quæri poſſet: an vice verſa ſalvæ maneant actiones, quas *defunctus* contra *hæredem* habet? Ego negativam veriorem puto: Vid. *tit. de acceptil. q.* 5. quis enim peteret debitum ab hærede, qui teſtatori creditori ſucceſſit? omnino igitur tota actio, quæ defuncto contra hæredem competiit, ſtante quoque inventario ceſſat. Diſſentit *Laut. p.* 500. *pr. Perez. C. h. n.* 11.

Notanter autem dixi, actionem, quæ inter *teſtatorem* & *hæredem* fuit, per confuſionem eſſe exſtinctam: quoties enim tertius jus ex ea obligatione agendi habet, ſalva manet actio contra hæredem: nam (1) ea eſt natura confuſionis, ut ſaltem actionem inter teſtatorem & hæredem perimat, non vero tertio jus agendi, quod ei forte competit, auferat. *Diſp. mea de Confuſ. obl. ſect.* 4. *per tot.* At in præſenti caſu competit creditoribus hæreditariis jus compellendi hæredem, ut credita exigat, & ex maſſa hæreditatis ipſis ſatisfaciat; certum enim (2) eſt, in hæreditate defuncti quoque eſſe ipſum hoc debitum hæredis, eoque hæreditatem defuncti fieri auctiorem; *L.* 1. §. 18. *Ad. L. Falc. L.* 41. §. 2. *de Evict.* hoc igitur jus creditores contra hæredem, qui intra vires hæreditatis etiam confecto inventario tenetur, perſequi, & quicquid in hæreditate eſt, vindicare poſſunt. Sane (3) latiſſima aperiretur feneſtra fraudibus, ſi teſtator inſtituendo debitores ſuos hæredes reliquorum ſuorum creditorum jura intervertere poſſet, ſic v. g. *teſtator*, qui debet *Sejo* 2000. & cui viciſſim a *Cajo* debentur 2000. (quæ totum *teſtatoris* patrimonium efficiunt); poſita confuſione hunc *Cajum* hæredem inſtituendo, revera excluderet *Sejum* a ſuo jure. Inanis enim foret actio contra *teſtatorem*, qui præter debitum, quo *Cajus* ei obligatur, nihil in bonis habet, inanis quoque foret contra hæredem *Cajum*; quia debitum Caji ex ſententia ſuppoſita per confuſionem eſt ſublatum. Cum ergo (4) *hæres* hic certet de mero lucro captando, *Sejus* autem de damno vitando; merito aſſerimus, rationem Juris non pati, damno afficere creditorem, uti id diſerte in ſimili caſu ita traditur in *L.* 3. *pr. de Separat.* cujus textus ſenſum expoſui in *Diſp. de Confuſ. obl.* §. 46.

Qv. V. *An hæres, non confecto inventario, amittat quartam Trebellianicam?*

Diſſentit Laut. pag. 500. verb. (5) *deducit Trebellianicam.*

Autor inter beneficia confecti inventarii ponit, ut deducere hæres Trebellianicam poſſit, quaſi eo omiſſo non poſſit, quod falſum. Sane hæres hanc nunquam perdit, etſi omittat inventarium, ſed ſolam Falcidiam. *L. f.* §. 4. *ſeq. C. h.* Etenim (1) tollitur Falcidia in poenam, quod hæres

hæres aſpernatus eſt beneficium, quo liberatur ab onere æris alieni; at id non poteſt aſpernatus videri, cum hæreditatem reſtituit; quia tunc æs alienum ſimul tranſit, quod in legatis ſolus præſtat. (2) Propter legata, quibus Falcidia detrahitur, & æs alienum, quod hæredi incumbit, neceſſaria eſt deliberatio: hac ergo uſus, indeque hæreditatem pure adiſſe videtur, cum beneficium inventarii negligit, indeque uno beneficio, jure nimirum deliberandi, electo, variare non poteſt, nec alterum eligere; non ergo ei ſuccurritur, ut quartam Falcidiam detrahere poſſit. At ſecus in Trebellianica; quia æs alienum poteſt tranſire totum. (3) Cum pœna ſaltem in Falcidia ſtatuta ſit, ea conſtitutio tanquam correctoria & pœnalis ſtricte intelligenda, nec ad Trebellianicam extendi poteſt. Idque (4) ita ſtatuunt *Brunn. ad L. f. C. h. n.* 66. *Caſſan. d.* 3. *tit. de teſtam. Peretz. C. h. Graff.* §. *Legitimæ q.* 45. *n.* 1. In Camera imperiali eam ſententiam obſervari, ait *Gail. L.* 2. *O.* 138. *n.* 13. *Mynſ. Cent.* 3. *O.* 60. *Neoſt. dec. Holl. d.* 3. *in f.* ubi tanquam pro communiore deciſum dicitur. Eandem ſequitur Rota Romana. *Fach. L.* 4. *c.* 38.

Qu. VI. *An teſtator poſſit remittere inventarii confectionem?*

Videtur neganda quæſtio; quia nemo in teſtamento ſuo cavere poteſt, ne leges in illo locum habeant, *L.* 5. *ff. de Legat.* 1. inventarii autem confectio legibus eſt injuncta, *L. f. C. de Jur. delib.*

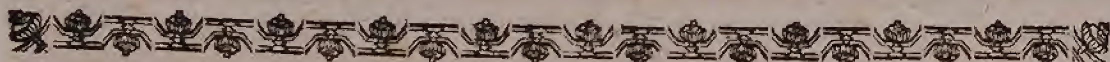
Resp. Imo non injuncta, ſed defuncto ac hæredi beneficii loco conceſſa eſt, *N.* 1. *c.* 1. *d. L. f.* indeque ſuo juri renunciare alter remittendo, alter omittendo, poteſt. Vid. late *Stryk. de Remiſſ. invent. c.* 3. §. 6.

Exc. Si in præjudicium tertii, qui cauſam lucrativam a defuncto non habet, id fieret. *Hillig. Don. En. L.* 7. *c.* 3. *lit. h. in not.* Unde valet illa remiſſio in præjudicium legatariorum & fideicommiſſariorum, *Strauch. Diſſert.* 9. §. 45. *Stryck. d. l. c.* 3. *n.* 12. cohæredum &c. *ibid. n.* 17. non vero in præjudicium creditorum. *ibid. n.* 14.

Remiſſo autem ita inventario, non amittitur quarta Falcidia; neque enim puniri poteſt, dum jure ſuo utitur. *ibid. c.* 41. *n.* 10. At omnino confunduntur actiones, & hæres ad omne æs alienum tenetur, etſi diſſentiat *Stryck. d. c.* 4. *n.* 11. Nam remiſſo inventario res redit ad jus vetus, ubi confundebantur actiones adita hæreditate. Et cum leges inventario hoc beneficium tribuant, ut eo confecto ſalvæ manerent actiones, certum eſt, omiſſo inventario, beneficium ei cohærens quoque ceſſare. Nec remiſſio

 teſtatoris

teſtatoris hic aliquid operatur, utpote quæ pœnam quidem impedit, &, ne Falcidiam perdat, efficit, non vero reliqua privilegia inventarii tribuit. Quin cum teſtator arbitrio hæredis confectionem inventarii relinquat, hoc ipſo quoque beneficia inventarii in ejus arbitrium conferre videtur, quæ proinde vel conficiendo inventarium, acquirere, vel non conficiendo reſpuere poteſt.



LIB. XXIX. TIT. I.

DE TESTAMENTO MILITIS.

Qv. I. *An privilegium militis extendatur etiam ad Doctores?*

NEGATUR: Quia tota privilegii ratio ceſſat, cum non ſint in expeditione conſtituti.

OBJ. (1) *L.* 14. *C. de Adv. div. judiciorum.* ubi advocati militare dicuntur.

RESP. Milites ſunt, ſed non tales, qui ſemper ſignis intenti eſſe debent, quæ vera ratio privilegii eſt.

OBJ. (2) Quod Doctores in majori dignitate ſint conſtituti, quam milites.

RESP. Hoc privilegium non datur propter dignitatem, ſed propter imperitiam.

OBJ. (3) Etiam Doctores habere peculium quaſi caſtrenſe.

RESP. Facultas illa teſtandi jure militari non eſt effectus peculii caſtrenſis, ſed expeditionis. Atque hinc eſt, quod Doctores vi illius peculii teſtari quidem de eo poſſint; quia ex cauſa publica habent, non quod jure militari poſſint.

Qv. II. *An pagani teſtamentum, non rite factum, valeat tanquam teſtamentum militis, ſi poſtea miles factus teſtamentum hoc approbet?*

Laut. pag. 500. verb. *nec illi &c.* AFFIRMATUR, §. 4. *Inſt. de Teſt. mil. & L.* 25. *ff. eod.* ubi ratio quoque additur: quia plane feciſſe teſtamentum eum, interpretandum eſt, qui

qui ſe velle teſtamentum, quod ante fecerat, valere, aliquo modo declaravit.

OBJ. *L.* 15. §. 2. *h.* ubi teſtamentum ante militiam factum a milite, ſi in militia deceſſerit, jure militari valet, ſi militis voluntas contraria non ſit, adeoque approbatio præciſe non requiritur.

RESP. Caſus ibi eſt, ubi non paganus, ſed miles teſtamentum fecit, qui miſſus in aliam militiam tranſiit: Hoc caſu teſtamentum factum valet, niſi aliter diſponat: intelligendum autem textum eſſe de continuata militia, clare apparet ex *L.* 38. *h.*

Varias ſententias circa illum textum in *L.* 15. §. 2. *h.* collegit *Vinn. ad* §. 4. *I. h.* ubi noſtram reſolutionem rejicit & addit, plus ſcripſiſſe JCtos, quam ſenſiſſe. Antinomiam ſtatuit Matthæus apud *Vinn. d. l.*

QV. III. *An miles in hybernis jure militari teſtari poſſit?*

NEGATUR: Nam ibi ratio & conſtitutio privilegii ceſſat; privilegium enim tantum loquitur de iis, qui in expeditione ſunt, *L.* 1. *L.* 7. *C. de Teſt. mil.* qualis hic non eſt: nam in expeditione copia peritorum non eſt, ſecus ac in hybernis. Idque uſu receptum eſt. Vid *Carpz. p.* 3. *c.* 4. *d.* 4. Contrarium tamen reſpondit *Cujac. conſult.* 49. *Laut. pag.* 500. verb. *Non etiam &c.*

QV. IV. *An, ut miles jure militari teſtari poſſit, requiratur, ut teſtamenti habeat factionem?*

AFFIRMATUR: nam (1) in omni teſtamento duo quæruntur: (α) an teſtamenti factionem quis habuerit; (β) an ſecundum regulas Juris Civilis teſtatus ſit. *L.* 4. *ff. Qui teſt. fac. poſſ.* Etſi igitur in milite Juris Civilis regulæ non requirantur, *pr.* & §. 1. *Inſt. Teſt. mil.* prius tamen requiſitum nullibi ſublatum apparet. Idque confirmatur (2) ex *pr. Inſt. Quib. non eſt perm.* ubi filiifam. milites ex conſtitutionibus Principum teſtamentum facere poſſunt, & in *L. f. pr.* & §. 1. *C. de Inoff. teſt.* teſtamenti faciendi poteſtatem ſecundum leges dicuntur habere: facere autem teſtamentum ſupponit teſtamenti factionem. Vid. *L.* 18. *pr. de His, qui teſt.* *Laut. pag.* 500. verb. (3) *Qui habet.*

Neque OBSTAT, quod illi, qui teſtamenti factionem non habent, teſtari jure militari poſſint; quod teſtamentum militis capitis diminutione non vitietur, §. 5. *Inſt. h. L.* 23. *ff. h.* quod filius miles teſtari poſſit, *L.* 6. *C.* de

de Bon. quæ lib. quod milites ſurdi & muti, *§.* 11. *Inſt. h. L.* 4. *ff. eod.* item capitis damnati, *L.* 32. §. 8. *de Don. int. vir. & ux.* teſtari potuerint.

Resp. Equidem hæc ſingularia ſunt in milite; at regula inde non mutatur, neque hæ exceptiones totam naturam teſtamenti factionis exhauriunt: Nam nec pupilli, nec minores, nec furioſi, nec prodigi, nec hæretici, nec apoſtatæ, nec capitis damnati ſine ſpeciali permiſſione, etſi milites ſint, teſtari poſſunt.

Diſſentientes allegat *Laut. pag.* 500.

Qv. V. *An mater nobilis inter ſpurios ex privilegio parentum teſtari poſſit?*

Laut. pag. 502. *ibid. aut quæ nobilis &c.*

Affirmat. Nam ſpurii ratione matris jure pro liberis habentur, & ad ejus ſucceſſionem vocantur. §. 3. *Inſt. de SCt. Orfit.* Vid. *Gail. L.* 3. *O.* 112. *Coccej. Hyp. Inſt. tit. Hær. quæ ab int. §.* 5.

Exc. Si liberi legitimi exſtent: tunc enim hi præferuntur, de quo caſu loquitur *L. obſt.* 5. *C. de SCt. Orfit.* ut ex ipſis verbis apparet: *Sancimus itaque, ut neque ex teſtamento, neque ab inteſtato &c. liberis juſtis exiſtentibus, aliquid penitus ab illuſtribus matribus ad ſpurios perveniat.*

Qv. VI. *An, vivente filio, valeat teſtamentum paternum inter nepotes?*

Laut. pag. 502. verb. *& nepotes*

Affirm. Nam inter liberos obtinet hoc privilegium, *L.* 21. §. 1. *C. de Teſtam.* at liberorum nomine etiam nepotes veniunt.

Obj. *L. f. C. Fam. erc.* ubi cuſtodiri patria diſpoſitio debet inter *ſuos* (adeoque non nepotes, utpote qui vivente patre non ſunt ſui), hæredes qui ex quolibet venientes gradu, tamen pares (quales non ſunt nepotes), videntur eſſe.

Resp. Liberi hic non ex teſtamento paterno privilegiato, utpote quod nullum eſt, ſuccedunt, ſed ab inteſtato, Juſtinianus autem, qui paternam voluntatem qualemcunque adimpleri vult, noviter conſtituit, ut hæredes ab inteſtato, qui ad diviſionem rerum hæreditariarum agunt, exequantur illam diſpoſitionem, utut imperfectam: cum vero novum hoc jus ſaltem pertineat ad hæredes ſuos & gradu pares, extendi illud contra verba expreſſa non debet ad nepotes.

Qv.

Qv. VII. *An teſtamentum paternum etiam valeat inter liberos adoptivos?*

NEGATUR; (1) quia privilegium nititur æquitate naturali, ne ſolennia requirantur in iis, quos natura vocat: quæ ratio ceſſat in adoptivis. (2) Quia jus commune parentum etiam matribus tribuitur, ut ipſæ quoque inter liberos diſponere poſſint, mater autem non habet adoptivos, nec eadem vox videtur aliter accepta in uno ac in altero, *arg. L.* 4. §. 2. *d Vulg. ſubſt.* Et Lex in hoc privilegio videtur tantum ſpectaſſe naturam in utroque parente communem, non jus patriæ poteſtati proprium. Atque id (3) uſu receptum eſſe apparet ex *Struv. Ex.* 32. §. 18. & 19. *H. Piſt. tit.* 38. *O.* 5. *Mev. p.* 1. *t.* 1. *art.* 2. *n.* 35.

Laut. Pag. 502. verb. *Nam quoad.*

Qv. VIII. *An pater inter filios naturales ex privilegio teſtari poſſit?*

NEGATUR; (1) quia extranei ipſi ſunt: (2) privilegia ſunt ſtricti juris, indeque cum hoc de liberis loquatur, ad naturales extendi non debet. (3) Hodie id eo minus dubii habet, quia æquiparantur ſpuriis, qui non gaudent illo privilegio. *Vid. Laut. p.* 502. Atque ea (4) communis Dd. eſt ſententia, *Gail. L.* 2. *O.* 112. *n.* 18. *H. Piſt.* 1. *q.* 1. *n.* 19. *Boer. dec.* 204. *n.* 13. *Clar. L.* 3. *ſent.* §. *teſtam. q.* 12. *n.* 1. idque fatetur *Carpz. p.* 3. *c.* 4. *d.* 24. Diſſentit. *Mev. J. Lub. p.* 2. *t.* 1. *art.* 2. *n.* 14. *Salicet. ad L. f. C. Fam. erc. Gomez. ad L. Tauri.* 3. *n.* 54.

Diſſent. Laut. pag. 502. verb. *vel ex concubina &c.*

OBJ. (1) *L.* 5. & 6. *ff. de in jus voc.* ubi liberi naturales æque, ac legitimi, parentes in jus vocare non poſſunt.

RESP. Ratio edicti eſt communis, ſcil. veneratio, ſed ratio hujus privilegii eſt, quia hi etiam ſine teſtamento in dubii hæredes ſunt, quæ ratio ceſſat in naturalibus.

OBJ. (2) Jus Gentium non diſtinguere inter legitimos & naturales.

RESP. Vera hæc ratio non eſt, ſed & non concludit; cum teſtamenta non ſint Juris Gentium, ſed Juris Civilis. *Vid. ſupr. l.* 28. *t.* 1. *q.* 1.

Qv. XI. *An in teſtamento inter liberos extraneo aliquid relinqui poſſit?*

NEGAT. atque hinc inſtitutio extranei eſt ipſo jure nulla, *Brunn. ad Auth. Quod ſine. C. de Teſtam. n.* 7. nec datio tutoris valet, *Brunn. d. l.*

Laut. pag. 502 verb. *inter ſolos Clar. &c.*

Clar. §. *Teftam.* *q.* 16. nec fubftitutio extranei, *Brunn. d. l.* Quin in genere omnia extranea ipfo jure nulla funt, *Mev. p.* 2. *t.* 1. *art.* 2. *numer.* 32.

Exc. Si duo teftes funt adhibiti, *arg. Nov.* 107. *c.* 1. *L.* 12. *de Teft. Dn. Berg. Refol. ad Laut. h. Mev. d. l. n.* 35. *Laut. p.* 502. *ibique Carpz.* Diffentit *Brunn. d. Auth. n.* 15. propter *L. ult.* §. *ult. C. de Codicill.* ubi in omni ultima voluntate quinque teftes requiruntur.

Resp. Exceptio eft in teftamento paterno. *dict. Nov.* 107. *c.* 1. Vid. omnino *Dn. Berger. d. l.*

Qu. X. *An liberi in teftamento paterno neceffario fint inftituendi, vel exhaeredandi?*

Laut. pag. 502. verb. *neceffario tamen &c.*

Affirm. (1) quia de omni teftamento dicitur, quod nullum fit, fi liberi non inftituantur, vel nominatim exhæredentur, *l.* 30. *de Lib. & pofth.* (2) Ratio hujus privilegiati teftamenti in eo confiftit, quod oporteat morientium voluntates, quando funt parentes, omnibus modis inter filios tenere, *Nov.* 107. *praef.* eadem autem ratio etiam in exhæredatione eft.

Obj. (1) quod filii plane exhæredari in hoc teftamento privilegiato non poffint; quia *Nov.* 107. tantum loquitur de inftitutione, ibi: *in quibus fcripfit eos haeredes.*

Resp. Imo ratio *d. Nov.* 107. generalis eft, ut omnia valere debeant ex voluntate parentis, adeoque & exhæredatio. Neque ibi dicitur, filios *inftituti* faltem, non exhæredari poffe, fed quod, *inftituantur*, & nomina filiorum propria manu & partes relictæ integris literis fcribi debeant.

Obj. (2) In favorem liberorum hæc privilegia effe introducta, quæ in odium eorum detorqueri non debent, *L.* 7. *C. de Leg.*

Resp. Immo æque, quin magis eft favor parentum, ut eorum voluntates quælibet inter filios teneant. *d. N.* 107. *pr.*

Atque hanc communem opinionem ait *Clar. de teftam. q.* 8. *n.* 2. *Coppen. dec.* 45. *n.* 31. *ibique late Dd. Laut. Comp. f.* 502. Etfi diffentiat *Jafon. in Auth. Noviffima C. de inoff. teft. & Gail. O.* 112. *n.* 9.

Qu.

Qv. XI. *An teſtamentum patris, qui jure communi teſtari voluit, deficientibus requiſitis teſtamenti ſolennis, valeat tanquam diſpoſitio inter liberos?*

Caſus hic eſto: Cajus in teſtamento, quod *inter liberos* facere voluit, his formalibus ad calcem teſtamenti uſus eſt: *Laut. pag.* 502. verb. *ſi in ſcriptis teſtetur.*

Darneben habe ich zu mehrer Bekräftigung dieſes, die nach benannte gute Leute, dieſes mein Teſtament, Ordnung und letzten Willen, als ſonderlich darzu berufene und gebetene Zeugen, neben mir zu unterſchreiben geſucht, und angelangt.

At teſtes illi allegati neque adfuere, neque ſubſcripſere; quærebatur, an valeat tanquam teſtamentum privilegiatum, id eſt, tanquam diſpoſitio paterna?

Videtur negandum, quia imperfectum videtur teſtamentum, cum aliquid adhuc agendum ſuperſit; *L.* 25. & 29. *qui teſt. fac. poſſ.* quod enim teſtator voluit, non fecit, quoad fecit, noluit, neutrum itaque ſubſiſtit. *L.* 3. *Reb. dub.* Hinc ſi quis propoſitum habuit in ſcriptis teſtari, & coram ſeptem teſtibus viva voce declaret voluntatem, JCti Marpurgenſes teſtamentum non valere putant, *Vol.* 3. *conſ.* 28. *n.* 82. & 97. *Fab. in C. L.* 6. *t.* 5. *dec.* 4. *Carpz.* 3. *c.* 3. *def.* 3. *Lynk. Reſp.* 101. *n.* 41.

Unde in terminis quæſtionem propoſitam ita decidunt *Mev. p.* 2. *D.* 339. *Add. Mynſ. c.* 5. *O.* 28. Atque ex hac ratione JCti Wittenbergenſes & Lipſienſes invalidum teſtamentum declararunt in cauſa Hoffmannin, contra Clampring.

Equidem in genere vera eſt hæc ſententia, ſi ſcilicet pater voluit ſolum jure communi teſtari, ſecus ſi in teſtamento addatur clauſula, quod ſi non valere poſſit ut teſtamentum ſolenne, valere debeat ut diſpoſitio inter liberos, ut in caſu propoſito, ubi verba ita ſe habebant:

Solchemnach will in Kraft dieſes, wie es immer zu Recht und Gewohnheit am beſtändigſten zu geſchehen vermag, meinen letzten Willen und Teſtament, nach Form und Art eines Teſtamenti parentum inter liberos, und auf dergleichen Weiſe aufgerichtet haben.

Nam cum ad diſpoſitionem inter liberos teſtes neceſſarii non ſint, iis omiſſis valebit teſtamentum, non ut diſpoſitio ſolennis, ſed privilegiata.

Atque ita reſponderunt Giſſenſes & Rintelenſes in cauſa Clampring modo Hoffmannin contra Johann Wilhelm Clamprings.

Equidem ſummum tribunal ſententiam Wittenbergenſium & Giſſenſium d. 22. Nov. 1724. confirmavit, at ex alia ratione, *tum* quia poſt remedia ſupplicationis ex ſtylo Mindenſi non datur appellatio; *tum* quia fideicommiſſio familiæ plane ibi non apparebat: adeoque rejiciendus erat actor, ſive teſtamentum valeret, ſive non.

Qv. XII. *An in teſtamento, propria patris manu ſcripto, teſtes ſint neceſſarii?*

Laut. pag. 502. verb. *ac tum teſtes non ſunt &c.*

NEGATUR; Idque Jure communi conſtat, *Nov.* 107. *c.* 1. ibi: *propria ſcripta manu dictaque a teſtatore coram teſtibus &c. Struv. Ex.* 32. *§.* 18. *&* 19. Equidem in *Ord. Not. de ann.* 1512. promiſcue duo requiruntur teſtes: verum communis ſententia eſt in contrarium; quia id tantum ad probationem pertinet. *Cöpp. dec.* 45. *n.* 25. 27. *&* 28. *Mev. p.* 2. *t.* 1. *art.* 2. *n.* 18.

Qv. XIII. *Quid juris circa teſtamenta Principis?*

RESPONSIONEM vide in *Diſp. B. Parentis de Teſtamentis principum part. II.* §. 1. *ſeq.* Ubi ait diſtinguendum eſſe varios caſus, vel enim quæritur de teſtamenti factione *activa*, qua Princeps hæredem facit, vel de teſtamenti factione *paſſiva*, qua ipſe teſtamento hæres ſcribitur. Utroque caſu, vel inter duos Principes, quorum alter alterum inſtituit; vel inter Principem & ſubditum, ſi ille hunc, aut hic illum hæredem fecerit; vel denique inter Principem, & extraneum privatum, ſi pariter alter alteri quid reliquerit, cauſa vertitur. Denique is, qui ab inteſtato ſucceſſurus erat, & teſtamento excluſus eſt, vel Princeps eſt cum libera poteſtate, vel privatus. In quibus ſingulis videndum, quid juris.

Primus igitur caſus eſt, cum inter Principes, qui invicem inſtituerunt, vel aliquid reliquerunt, res agitur. Et quidem, ſi veram juris Gentium rationem reſpicimus, teſtamenta hæc nullam vim habebunt: cum enim ſummi Principes, ſolo jure Naturæ regantur: quo nullum eſt teſtamentorum veſtigium, ut *part.* 1. oſtenſum fuit ex diſpoſitione; quæ jure non ſubſiſtit, nullum jus, nec ulla obligatio oriri poteſt. Non igitur dubitandum exiſtimo, ſi is, qui teſtamento excluſus eſt, cum ſumma poteſtate ſit, eum non teneri ex iſto teſtamento, ſed hoc non obſtante, jus ſuum perſequi poſſe. Certe, vix

vix unquam ſatis tuta fuit ſucceſſio ex teſtamento, quoties ſucceſſor poteſtatem habuit jus ſuum perſequendi: Quod exemplo Ludovici I. Imp. apparet, cujus diſpoſitio inter filios plane inanis fuit. Alia exempla teſtamentorum a Principibus fruſtra conditorum, affert *Grot. de J. B. & P. lib.* 1. *cap.* 3. §. 13. *in not.* Unde Principes, Principatum aliis relicturi quaſi teſtamento non confiſi, aliunde fere præſidium quæſivere. David, qui filio Salomoni Regnum deſtinaverat, vivus eum Regem fecit. 1 *Reg.* 1. Uti & Philippus Rex Macedoniæ, cum, excluſo Perſeo, Antigonum Regem fieri vellet, vivus in Regnum eum aſſumſit. *Liv. L.* 40. *c.* 56. Alii curarunt, ut autoritate populi, vel Procerum, teſtamenta corroborarentur; uti ipſe Carolus M. ceu ex Adone tradit *Grot. d.* §. 13. Ita inane viſum fuit teſtamentum Regis Scotiæ, qui morte impeditus fuerat, ne accederet confirmatio Ordinum. *Buchan. Rer. Scot. l.* 15. *fere in princ.* Alii potentes executores conſtituunt, uti Ptolemæus Rex Ægypti, Romanos, cum maximis obſecrationibus, ut teſtamenti tenorem tuerentur. *Caeſ. de Bell. Civ. lib.* 3. *c.* 20.

Neque movere debet, quod innumera Principum teſtamenta paſſim in annalibus recenſeantur, prout longo agmine ea recenſet *Grot. d. l.* 1. *cap.* 3. §. 12. ubi *in not.* Duo enim reponenda ſunt. (1) Quod illa, vim commendationis magis apud populum habuerint; uti ait *Grot. d. c.* 3. §. 13. & vel defuncti voluntati propter merita & memoriæ verecundiam, vel alias ob cauſas ultro delatum, quandoque & vi actum, vel metu violentiæ nihil contradictum fuerit. (2) Quod in quibusdam Regnis teſtamenti jus in Principe quoque receptum fuerit, uti in pleriſque Regnis Orientis: quo titulo Pergameni, Bithyniae aliaque potentiſſima Regna ceſſiſſe Romanis notum eſt. Etſi vero teſtamenta juris gentium ſecundarii ſint, ſummos Principes tamen, eo non teneri, jam ante dictum eſt. *Add. Val. Max. lib.* 5. *c.* 2. *in fin.*

Secus vero eſt, ſi haeres ab inteſtato privatus ſit, adeoque ut legibus civilibus & poſitivis, ita & teſtamentorum jure obligetur. Etſi enim adhuc videatur, inter ſummos Principes, qui ſolo jure gentium primario utuntur, teſtamenta locum non habere: tamen conſiderandum eſt, quod Principes etſi legibus ſoluti ſint, ultro legibus vivant: §. *pen. Inſt. quib. mod. teſt.* unde, quando teſtamentum in ea cauſa eſt, ut a ſola duorum Principum voluntate pendeat, nec alius, v. g. excluſus, contradicere ei queat, ſuſtineri teſtamentum poterit: nam ut Princeps legibus, quas aliis fert, ipſe quoque ſe ſubjicit; ita & beneficiis legum, quae ſubditis permittit, ipſe quoque, ſi velit, uti poteſt; inprimis, ſi beneficia juris gentium ſint, uti eſt uſus teſtamentorum. Nec haeres legitimus, qui privatus eſt, contradicere poteſt, quia

quia ille jure civili tenetur; quod fecus erat in cafu fuperiore, quo haeres legitimus cum fumma poteftate, adeoque legibus teftamentorum pofitivis neutiquam obftrictus fuit, fed jure fuo iis contradicere potuit.

Alter cafus eft, cum negotium geritur inter fummum Principem ejusque civem. Et, cum Princeps ipfe quoque beneficio civibus fuis conceffo uti, ceu dictum eft, poffit, conftat teftamentum, fi civis Principem inftituit, indiftincte valere, etiam fi neceffariis folennitatibus deftitutum fit; quia hæ funt meri juris civilis, quo Princeps inftitutus non obligatur, fed in aliorum quoque teftamentis omnes folennitates fua praefentia fupplet. *l.* 19. *princ. C. de Teftam.* Cum vero generofi Principis fit, leges, quas civibus dedit, ipfum quoque fervare, ultro repudiat ille teftamenta non rite facta, §. *fin. Inft. Quib. mod. teft. inf.* ut leges fuas exemplo magis quam verbis inculcat: nam

Sic exempla juvant, & fic cenfura paratur,
Cum judex, alios quod monet, ipfe facit.

Vita Principis, ut *Plin. in Paneg. ad Traj.* ait, *cenfura eft, eaque perpetua: ad hanc dirigimur, ad hanc convertimur.* Uti e contrario, vitiofi Principes plus exemplo nocent reipublicæ, quam peccato, ut ait *Cic. lib.* 1. *de legibus.* Et hoc tamen quoque cafu, fi haeres legitimus teftamento exclufus cum fumma poteftate fit, non tenetur ei voluntati ftare, per ea, quae §. *praec.* tradita funt.

Unde facile intelligitur, quid ftatuendum *tertio* cafu, ubi res inter Principem & extraneum privatum agitur. Sive enim Princeps hæredem fcripferit, five fcriptus fuerit, teftamentum ex prædictis caufis, etfi fit juris pofitivi, valet. Verum hic neceffum eft, ut teftamentum rite, & juxta leges factum fuerit; nifi & ille, qui eo exclufus eft, & res, de quibus agitur, fub poteftate illius Principis fint. Quia Princeps fupplet faltem folennia in fuis terris, ubi difponere de jure fuo pofitivo poteft, non autem in alieno territorio, ubi pro privato habetur, *l.* 3. *ff. de Off. Praef.* Nec officit, quod in teftamentis infpiciantur ftatuta loci, ubi fit: *vid. Difp. de Fund. in territ. pot. tit.* 7. §. 3. *& feq.* (quæ eft in *tom.* 1. *Difp.* 14.) Nam hic cafum fingimus, ubi juxta ftatuta loci factum non fuit, fed illa neglecta funt: quem defectum non poteft fupplere perfona Principis refpectu eorum, quæ extra ejus Principatus, vel territorii fines funt. Cæterum, quod dixi, fummum Principem, qui teftamento a jure fuo inteftati exclufus eft, non obligari ex ultima voluntate, fed ei contradicere poffe, id fecus eft, fi difpofitio per donationem mortis caufa, vel fimilem actum utriusque confenfu con-

conſtantem perfecta fuerit; ea enim, cum jure gentium ſubſiſtat, & cæteris paribus jus faciat, is, qui ab inteſtato ſucceſſurus erat, per eam rite excluſus intelligitur. Ex quibus reliqua quoque, quæ late tractari de hac materia poſſent, ſponte fluunt. Quare, ut inſtitutum teneam, reliqua per indicem ſaltem delibabo.

Ex dictis igitur ſequitur, valere omnino teſtamenta Statuum Imperii, etſi ſolennia non fuerint obſervata; modo inter ipſos & cives eorum res agatur, cum vi ſuperioritatis ſuæ territorialis, & propriæ poteſtatis ea jura habeant in ſuo demum territorio, quæ Imperator in Imperio. Atque ita teſtamentum Caroli Auſtriaci, etſi teſtibus deſtitutum, tamen valuiſſe, & ita judicatum fuiſſe refert *Myſ. de Stat. Imp. c.* 26. §. 5. Secus eſt, ſi inter duos Status, quæſtio teſtamenti vertitur: id enim ſine forma juris ſubſiſtere nequit, quia ſtatus, reſpectu Imperii, habentur pro ſubjectis: Idem verum eſt, quotiescunque effectus negotii extra territorii fines extenditur. *Vid. J. P. Prud. c.* 23. §. 2.

Neque *obſtat* regula illa, quod ſemel rite ſecundum leges loci geſtum eſt, id ubique valere, *Vinn. l* 2. *q.* 19. nam hic quoque, ut ſupra dictum, loquimur de teſtamento, quod ſecundum leges loci confectum non eſt, ſed ſolennibus ibi requiſitis caret. Atque hanc ſententiam probat & teſtamenta ſe vidiſſe plurima, ſed ea vel ſolennia vel de iis transactum fuiſſe, refert *Roſenthal. de Feud. cap.* 12. *concl.* 10. *n.* 15. 16. 17. 18. Et huic diſtinctioni congruit, quod teſtatur *Reink. de Reg. Secul. lib.* 1. *claſſ.* 4. *c.* 17. *n.* 36. *& ſeq.* teſtamenta talia, ſæpe ab agnatis, non a liberis fuiſſe impugnata: *illi* enim plerumque proprio jure territorii utuntur, *hi* ſub poteſtate ſunt; *illi* in feudis non tenentur factum defuncti præſtare, *hi* tenentur. 2. *F.* 45. *&* 51. §. *filius. Add. Beſold. lib.* 1. *Diſſ. nomicopol. de Succeſſ. reg. Diſſ.* 2. *n.* 11. qui tutius ſaltem eſſe dicit, ſolennia in teſtamentis Statuum adhiberi.

Neque hic privilegia teſtamenti militaris applicari poſſunt, ut putat *Limn. de Jur. publ. lib.* 4. *c.* 8. 178. Privilegium enim militare a lege, non ab arbitrio & clauſulis teſtatorum pendet; qui non poſſunt clauſulis efficere, ne leges in teſtamento ſuo locum habeant. *L.* 55. *ff. de Legat.* 1. Nec ipſis militibus id competit, niſi in teſtamento, quod in expeditione factum eſt.

Neque *obſtat*, quod clauſulæ hæ pactis confraternitatum addi ſoleant, ut valeant jure publico, militari, vel quo alio valere poſſunt &c. Nam aliud eſt

eſt in pactis, quæ jure gentium valent prout conventum eſt: Sed ultimis voluntatibus a legibus forma data eſt.

Qv. XIV. *An liberi quoque Principum & Principes Apanagiati ſine ſolennibus teſtari poſſint?*

NEGAT quæſtionem *B. Parens in Diſp. de Teſtamentis princ. p.* 2. §. 10. *arg. l.* 31. *ff. de LL.* §. *fin. I. Quib. modis teſtam. infirm.* etſi *Mylerus de Stat. Imp. c.* 26. *th.* 6. *& ſeqq.* contrarium ſentiat, ex ea ratione, quod beneficium hoc Illuſtriſſimæ dignitati tributum ſit, *arg. L.* 19. *de Stat. hom.* Apanagiati vero etiam dicantur Principes: argumentum autem a nomine duci poſſe. *L.* 6. *C. de Codicill.* Sed nec textus quiquam huc faciunt, nec ratio. Privilegium enim hoc non dignitati ſed ſuperioritati territorii cohæret, qua qui utuntur, Legibus civilibus in ſuis terris ſoluti ſunt, Apanagiati autem iis ſoluti non ſunt, ſed ſub poteſtate Primogeniti, adeoque dignitate tantum & honore, non poteſtate Principes ſunt, etſi ita dicantur. Rectius *Seneca de beneficiis L.* 2. *c.* 34. *in fin.* dicit: *Unum utrique nomen eſt: Vis quidem ac poteſtas longe alia.* Add. *L. fin.* §. 5. *ff. ad municipal.*

Qv. XV. *An Auguſta quoque ſine ſolennibus teſtari poſſit?*

B. *Parens* quæſtionem hanc evolvit *in Diſp. de Teſtam. Princ. part.* 2. §. 11. his verbis: De Auguſta quoque dubitari poſſet; an & ipſa ſine ſolennibus poſſit teſtamentum facere, cum nec illa ſummæ poteſtatis vel ſuperioritatis jura habeat. Verum, etſi Auguſta jure proprio hæc ſibi privilegia vindicare non poſſit, tamen quoad actus privatos participat illa de juribus & privilegiis mariti, *L.* 1. *de LL. & L.* 6. §. 1. *de jur. fiſci.*

Neque OBSTAT *L.* 19. *C. de teſtam.* ubi inſinuatio teſtamenti non niſi Principi fieri poteſt. Non igitur Auguſtæ.

RESP. Hoc ideo, quia inſinuatio eſt actus publicus, & habetur, ac ſi actis publicis facta fuiſſet: Ut adeo ea pertineat ad ipſum exercitium ſummæ poteſtatis, quæ non cadit in Auguſtam. Ratio vero *Myleri c.* 26. *th.* 9. ne individuitas matrimonii per inæqualitatem jurium perturbetur, iterum indigna minus eſt reſponſione, & JCto.

Qu. XVI. *De quibus rebus Principes testamenta facere possint?*

Inserere hic liceat verba B. Parentis *in Disp. de Testam. Princ. p.* 2. §. 16. Superest nunc ut videamus, de quibus rebus testamenta facere Principes possint: Ubi ante omnia distinguenda sunt bona Principis, & bona Principatus, de his nunquam testari potest, de illis semper; illa dicuntur Domania, hæc bona Coronæ. *J. Publ. c.* 9. §. 17. *seqq.* Neque valet distinctio Grotii, quam *l.* 2. *c.* 6. §. 3. *l.* 2. *c.* 7. §. 10. *l.* 1. *c.* 3. §. 12. & passim strenue inculcat, & *Conring. de Fin. Imp.* amplectitur, inter Regna, quæ sunt in patrimonio, & quæ non sunt in patrimonio. Pernegamus enim, ulla justa Regna esse in patrimonio, sed id plenum contradictionis est: (1) quia, ut primum res in patrimonio nostro esse incipit, fit dominium & res privata; Nec jam Regnum erit, sed tyrannis; non imperium, sed magna familia; non civitas, sed lata domus tyranni: alluditur falsе ad Neronis tyrannidem apud *Sueton. in Neron. cap.* 39.

Roma domus fiet: Vejos migrate Quirites,
Si non & Vejos occupet illa domus.

Dominii enim natura continetur libera potestas disponendi, imo abutendi, *L.* 21. *C. Mand.* quam vero justi imperii substantia in totum respuit, & unice in tuendi, conservandique jure ac officio consistit, *L.* 215. *de V. S.* (2) Regna non regnantis causa sunt constituta, sed in favorem & utilitatem subjectorum, ut justitiam ille administret atque rempubl. defendat; dominium vero domini causa, totumque ad hujus usum potestatemque refertur. Plures rationes cumulare possem, sed hoc satis pro instituto. Hinc jam ultro quasi fluit, Principem non posse de Principatu bonisque Coronæ testari, nisi consensu populi expresso, vel tacito, quia, qui alienat, ille perdit, & abutitur: *L.* 3. §. 2. *ad SCt. Maced. L.* 3. §. 1. *de Off. Proc. Cæs.* quod contra naturam imperii esse jam dictum est. Secus ergo esse, jam patet, si per alienationem rem imperii potius conservet, quam perdat, vel ea abutatur, quod fit, si necessitas, vel justa sit causa alienandi, v. g. si totum conservare non posset, nisi partem alienaret; tunc enim est pars ejus administrationis, quam ipsi populus concessit.

Neque *obstant* tot exempla eorum, qui in testamentis de Regnis suis statuerunt, eaque alienarunt. Nam jam supra satisfactum ei fuit: Vel enim effectum non habuere, vel consensu populi tacito, seu expresso factæ, aut postea tacite saltem approbatæ fuere, vel & vis prævaluit. Illud autem tolerari vix potest, quod *Grotius L.* 2. *c.* 6. §. 4. dicit, difficilius esse partem

tem alienare, quam totum. Utique enim is magis peccat, qui totam rem perdit, quam qui partem alicujus rei.

Neque *obstat* ratio, quam *Grotius d. l.* allegat, quod illi, qui in civitatem coëunt, societatem quandam perpetuam contrahant, & unum corpus constituant, ut nulla pars deseri a reliquis invita debeat. Nam cum ipse *Grotius d. l.* recte fateatur, quod partes corporis abscindi naturaliter possint in conservationem totius; hoc, quod procedit in corpore naturali, multo magis fieri poterit in corpore civili, cujus partes nec adeo cohærent, nec tanto cum periculo separantur; hæ enim partes, etsi separatæ a corpore civitatis, vivere tamen possunt, partes autem corporis naturalis viventi abscissas interire necesse est. Illius partes transeunt in novum corpus, cujus spiritu perinde vegetantur, ac priore, ut vere dici posset:

Quid refert cui serviam, clitellas dum porto meas;

hujus vero plane extinguuntur: prout pluribus, & eleganter hoc deducit *Gronov. d.* §. 6. Et licet *Grot.* contra hoc regerat, quod alia ratio sit in corpore civili, quod voluntate contractum est; primævam vero voluntatem eorum, qui primi talem societatem contraxerunt, inspiciendam esse, qui minime credi debent voluisse, ut jus esset corpori partes invitas & abscindere a se, & alii in deditionem dare; id tamen vanum, & inane est, nam jam supra diximus ex hujusmodi hariolationibus & divinationibus nullum jus certum, nedum naturale deduci posse. Quod si liceret tales conjecturas voluntatis primorum hominum afferre, & inde jus statuere, (quod tamen non esset jus Naturæ, de quo hic quæritur,) quæ non exinde orirentur absurditates? Sed & posito, voluntatem primorum hominum societatem contrahentium spectari debere, eamque hic certam esse, ne discederent; id tamen hactenus tantum intelligendum esset, ne sine causa possent discedere. Imo contra, si necessitas accideret, credendum potius est, eas potius voluisse partes separari, quam totam civitatem in discrimen adduci.



LIB.

LIB. XXIX. TIT. II.

DE

ACQUIRENDA VEL OMITTENDA HAEREDITATE.

Qv. I. *An post introductum beneficium abstinendi sui hæredes sint ipso jure hæredes tantum actu primo, an etiam actu secundo?*

Equidem ita distinguit Autor, putans, suos hæredes actu primo quidem statim esse hæredes, non etiam actu secundo: at differentia hæc inter potentiam & actum minus apte hic applicatur. Sane suus hæres non nuda potentia, sed & actu hæres est, quod vel exinde apparet: quia nuda sui hæredis existentia multos insignes producit effectus, quos collegit *Dn. Par. in Disp. de Success. nepot.* Nam ex ea valet tutela, *L.* 1. *de Conf. tut.* Pupillaris substitutio, *L.* 41. *seq. h. L.* 12. *de Vulg. subst. L.* 28. *de Reb. aut. jud.*

Dissent. Laut. pag. 504. *verb. non etiam actu secundo.*

At neque acquirit, neque obligatur hæres nisi ex immixtione, *d. L.* 12. *in f. L.* 27. §. 7. *ad SCt. Treb.* Conf. *d. disp.*

Qv. II. *Quid requiratur, ut aditio hæredis valeat?*

Resp. Requiritur (1) ADEUNDI FACULTAS, i. e. ut adire possit: nam frustra adiret hæreditatem, quæ v. g. actu delata non est, vel quam acquirere ex ratione juris non potest, *L.* 21. §. 2. *&* 3. *L.* 32. *h.* §. 1. *Inst. de Hær. qual. & diff.* (2) VOLUNTAS ADEUNDI: nam nemo acquirere potest, nisi animum habeat acquirendi, quem proinde declarare debet. *§. f. Inst. de Hær. qual. & differ.*

Quæri hic solet: an sufficiat, si vere facultas adsit, & an valeat aditio, licet hæres ex falso opinione adeat? Et recte affirmatur, valere negotium, licet opinio falsa sit; quia (1) plus est in re quam opinione, i. e. plus potest, quam putavit; error enim voluntati & consensui obest, non facultati: eadem enim facultas durat, sive quis sciat, se id posse, sive id n sciat. Hinc (2) etsi quis opinetur, testatorem apud hostes decessisse, falsa hæc opinio non mutat rei veritatem, seu jus adeundi, *L.* 34. *pr. h.* Eadem jura (3) in aliis causis obtinent, si quis emit rem domini, tanquam alienam, valet emtio, & ex traditione transfertur dominium, quia plus est in rei

rei veritate, quam opinione, *L.* 9. §. 4. *de Pignor.* (4) Si quis servum suum manumittit, quamvis alienum putet, valet. *L.* 4. §. 1. *de Man. vind.* item (5) si quis rem suam tanquam alienam legat, valet. §. 11. *de Legat.* Nam omnibus his casibus facultas non deficit, nec voluntas vitiosa est, quia rem alienam emere ac legare, & alienum manumittere jure licet, §. 4. *Inst. de Legat. L.* 30. §. *f. de Act. emt.* Denique (6) si quis a pupillo emit, quem puberem putat, valet usucapio, *L.* 2. §. 15. *Pro emt.* quia plus in re est, quam in existimatione.

Sed ais, hic plus esse in opinione, quam re, minus enim in re videtur, quia pupillus est, non pubes.

Resp. Plus juris omnino hic est in re, quam opinione: nam jus oritur ex bona fide, quæ valet, etsi opinio falsa sit: neque hæc opinio jus dat, sed negotium, & res bona fide gesta. (7) Alia exempla, ubi plus est in rei veritate, quam opinione, vide in *L.* 2. *Pro emt.*

Exc. si id, quod putat, & opinione est, turpe aut illicitum, aut contra formam jure præscriptam sit: tum enim, etsi plus sit in veritate, & facultas non desit, deest tamen honesta voluntas; quoties scil. hæres adit, cum putet, per Leges licitum non esse, etsi sit licitum, uti si putet, testatorem vivere, etsi revera sit mortuus, *L.* 32. *pr. L.* 13. §. 1. *L.* 19. *h.* testatorem fuisse filiumfamilias, cum fuerit paterf. *d. L.* 32. §. *f.* servum, cum sit liber, *L.* 22. *h.* se sub conditione institutum, cum sit pure, *d. L.* 32. §. 1. Ita si is, qui se putat necessarium, velit repudiare, nulla est repudiatio, *L.* 15. *h. t.* & cum is, qui se putat necessarium, solenni aditione vult acquirere hæreditatem, nulla est aditio, & non obstante illa aditione, adhuc abstinere potest, *L.* 16. *h. t.* Unde & is, qui hæreditatem delatam ex testamento, quod putat falsum, repudiat, nulliter repudiat, *L.* 17. *pr. h.* His omnibus casibus plus quidem est in rei veritate, quam in opinione, at hæc ipsa opinio vitiat negotium, quia ex causa, legibus improbata, originem trahit. Idem quoque obtinet, si quis dubitat, an causa lege licita sit, *L.* 33. *C. h.* velle enim non debet, antequam sciat, jus sibi esse.

Atque hac ratione difficilis doctrina, quando nimirum plus in veritate, quam opinione, vel contra, esse videatur; & quando negotium inde nullum reddatur, vel non; perspicua & clara redditur. Vid. tamen *Don. in L.* 15. *ff. h. t.*

Qv. III.

Qu. III. *An immixtio sui hæredis præsumatur, an probari debeat?*

Resp. Inter præcipuas differentias aditionis extranei & immixtionis suis hæredis (quas plenius & ex professo tractat *Dn. Parens in Disp. de Succeff. nep. sect.* 3.) hæc quoque est, quod aditio extranei probanda sit a creditore; *arg. L.* 16. *L.* 23. *C. de Probat.* non vero sui hæredis immixtio. Rationes hujus posterioris asserti sequentes exhibet, *dict. Disp.* §. 5. Nam (1) cum suus hæres ipso jure & sine facto suo hæres fiat, etsi rejicere hoc jus possit, utique non illud probari debet, quod juris est, scil. eum hæredem esse factum, sed hoc quod facti est, eum abjecisse jus suum, lege quæsitum. Atque adeo (2) non videtur defendi posse, quod Dd. communiter supponunt, immixtionem facti esse, & ideo probari debere: nam jure semel quæsito & constituto, dicendum contra, ejus abjectionem facti, & probandam esse. Nam & (3) si forte non constet Dominum rebus ac juribus suis usum esse, non tamen illa derelicta vel amissa ideo videbuntur, quod usus & professio facti sint & probari debeant; sed contra, jure semel quæsito certum est, quod ejus derelictio vel omissio probanda sit, *arg.* §. 12. *vers. naturalem junct.* §. 13. *Inst. de Rer. div.* Et (4) cum suus hæres vivo patre quodammodo jam dominus esse, & magis continuare dominium intelligatur, *L.* 11. *ff. de Lib. & post.* non magis hæc continuatio, quem domini rerum suarum continuatio probanda est. Neque vero (5) beneficium Prætoris, quod suis datum est, in immiscendo, sed abstinendo consistit; neque illis potestas immiscendi, quam ex ipsa lege habent, sed abstinendi a Prætore data est. Non itaque, an se immiscuerint, sed an abstinuerint, quæritur & probandum est. Et cum (6) qui sui & ipso jure hæredes sunt, nihil allegare, nec alia re se tueri possint, quam quod usi sint beneficio Prætoris, id est, jure abstinendi, utique is, qui se singulari beneficio contra jus commune usum dicit, id probare debet. Quemadmodum (7) qui adiit, non auditur, si dicat, se non nisi cum beneficio inventarii adivisse hæreditatem, nisi id probaverit. Sed & (8) id omnino manifestum est ex *L.* 57. *princ. ff. de acq. vel omitt. hær.* ubi dicitur, quod sui hæredes Jure Civili teneantur creditoribus; atqui obligatio est effectus immixtionis, nec tenetur suus hæres, nisi qui se immiscet. Lege ergo Civili quoque suus hæres creditoribus tenetur, adeoque intelligitur, se immiscuisse, atque ex eo jure creditores fundatam, ut ajunt, habent intentionem, quoad probetur voluntas abstinendi. Atque inde (9) in *d. L.* 57. *princ.* non requiritur, ut voluntas immiscendi, sed ut voluntas derelinquendi declaretur, quæ proinde declaratio necessaria, & indubie facti, atque adeo probanda est. *Hucusque Dominus Parens.*

Laut. pag. 504. verb. *& præsumitur &c.*

At

At ab hoc rigore Juris merito mores recessere, & communiter recepta, variisque præjudiciis confirmata est sententia, quod immixtio sui hæredis, si hic eam factam neget, æque ac aditio extranei probari debeat. *Vid. Dn. Par. d. §. 5. in fin. ibique late Dd. Mev. p. 8. dec.* 193.

Accedit summa æquitas, quod suus non debeat esse deterioris conditionis, quam extraneus, hic vero pro hærede non habetur, nisi id probatum fuerit: sed & tota ratio illius necessitatis hodie cessat, utpote quæ erat effectus rigidissimæ illius patriæ potestatis, quæ cum libertate Germanorum haud consistit.

Atque pro his moribus contra Jus Civile in Curia Halberstadiensi in contradictorio judicatum in causa Bethgens Ehefrau, contra Catharinen Ohlinne, mens. Jun. 1709. Non autem præcise probari debet, suum hæredem se immiscuisse, sed sufficit aliqualis saltem demonstratio, quæ ex circumstantiis quoque desumi potest. Atque hinc, si filius diu in ædibus parentis commoratus fuerit, si bona hæreditaria teneat, nec specialem titulum allegare possit, *arg. L.* 20. *L.* 88. *de Acq. vel omitt. hær. L.* 1. *l.* 2. *C. eod.* si diu fructus ex fundo hæreditario perceperit, præsumitur pro immixtione, cujus effectus hic est, ut onus probandi transferat in adversarium, *Struv. Ex.* 34. *th.* 22. *Mev. p.* 2. *dec.* 142. Atque ita in Curia Halberstadiensi decisa res est *in dicta causa.*

Qv. IV. *An haeres, qui moritur, antequam se institutum sciverit, transmittat haereditatem, etsi non aditam?*

Casus hic esto: Cajus duxit Sejam, (quæ ex priori marito Meviam peperit) & ex ea suscipit Titiam: Idem Cajus Bataviæ Indiarum negotiorum causa degens moritur, & testamento æquis partibus instituit Sejam ac Meviam; antequam vero notitia testamenti ad hæredes perveniret, Seja præmoritur: hinc quæsitum fuit; an Mevia ex asse hæres fiat, an vero defunctæ matris filia posterioris matrimonii quoque concurrat? Illud videbatur dicendum quia hæreditas non adita non transmittitur ad hæredem, *L. un.* §. 5. *C. de Cad. toll.* sed accrescit cohæredi, *d. L.* §. 10. At in præsenti casu verius est, posteriorem quoque filiam concurrere. Nam (1) jus deliberandi intra annum utilem competit haeredi, indubitati autem juris est, illum annum utilem non currere, nisi scienti, per text. expr. in *L.* 19. *C. de Jur. delib. L.* 86. *ff. de Acquir. vel omitt. haer. Rauchb. & alii apud Brunn. ad L.* 19. *ff. de Jur. delib.* (2) Moribus Belgii haeres ipso jure in jus defuncti succedit, & quidem citra aditionem, indeque ad suos haeredes transmittit, quic-

quicquid ex haereditate consecuturus fuisset, *Gudel. J. Nov. L. 2. c. 18.* at hoc testamentum in Batavia, & sic juxta mores Belgicos, conditum est. Unde in Curia Halberstadiensi judicatum, posteriorem filiam pro rata concurrere, in causa **Annen Catharinen Kühnin**, contra **Catharinen Marien Lindtin**, d. 25. Martii 1706.

Qv. V. *An partem haereditatis agnoscens totam agnovisse videatur?*

Affirmatur: nam haereditas est jus individuum, quod pro parte acquirere nemo potest; hinc si pars adita, tota necessario adita videtur. *Laut. pag.* 506. *verb. si partem.*

Cæterum id verum est, si partem adit, in qua scriptus est, vel se scriptum putat, nec quicquam repudiat.

Sed quid si partem adeat, partem vero repudiet, an, parte expresse repudiata, totum repudiatum videtur?

Resp. Si declaret, se pro parte tantum adire, vel repudiare, neutrum valet, sed nihilominus adhuc adire vel repudiare potest; cum utrumque contra leges fuerit, *L.* 1. *L.* 2. *h.* Ex actu autem, qui non valet, non potest obligatio vel jus oriri, inprimis cum grave inde oriatur præjudicium.

Obj. (1) *L.* 20. *in f. C. de Jur. del. L.* 53. *pr.* & §. 1. *L.* 8. §. 1. *h.* ubi is, qui partem agnoscit, totam hæreditatem agnoscere videtur.

Resp. Ibi hæres ex parte adire potuit; quia ex partibus scriptus est; ergo reliquæ partes vel statim accedunt, *d. L.* 80. vel postea deficiunt. *d. L.* 20. *d. L.* 53.

Obj. (2) *L.* 10. *h.* ubi ex facto, quo quis unam hæreditatis partem accepit, colligitur pro hærede gestio in solidum, quod proinde secus esse videtur, si declaraverit, quod nolit nisi partem adire.

Resp. Si partem aliquam hæreditatis accipiat, hoc ipso agnoscit totum, ut qui debiti partem solvit, agnoscit totum: nisi aliud appareat; quod fit, si declaret, se saltem pro parte velle adire vel hæres esse; ea enim declaratio contra leges est; Non ergo hæres ibi ait, se partem nolle adire, sed ex facto, quo solvit debitum, totum agnoscere videtur.

Qv. VI.

Qv. VI. *An is, qui in feudo fuccedit, totam videatur agnoviſſe haereditatem?*

Laut. pag. 506. verb. *aut feudum patris.*

RESP. Diſtinguendo, an filius ſit, qui in feudo ſuccedit, an agnatus; illo caſu filius, agnoſcens feudum, totam videtur agnoſcere hæreditatem; hoc caſu agnatus, etſi in feudo ſuccedat, repudiare hæreditatem poteſt.

Ratio differentiæ in eo conſiſtit, quod filius jus ſuum tam ratione hæreditatis, quam ratione feudi a patre habeat: utrumque igitur unum corpus hæreditatis conſtituit, quod filius pro parte agnoſcere nequit, ſed vel utrumque agnoſcere, vel utrumque repudiare debet. Aliud eſt in agnatis, qui jus ſuum ratione feudi non a defuncto, ſed a ſuo patre habent; non ergo hic unum corpus hæreditatis eſt, nec proinde agnito feudo, totam hæreditatem agnoviſſe videtur. Idque diſertis verbis ita traditur in 2. *F.* 45. *ſi contigerit, vaſallum ſine prole decedere, AGNATUS, ad quem univerſa haereditas pertinet, repudiata haereditate, feudum, ſi paternum fuerit, retinere poterit &c. Ubi vero FILIUM reliquerit, ipſe non poterit ſine beneficio haereditatem repudiare, ſed aut utrumque retineat, aut utrumque repudiet*

Atque hanc differentiam communiter agnoſcunt Doctores. *Goth. ad d.* 2. *F.* 45. *ibique Treutl. part.* 2. *Ex.* 12. *th.* 4. *pr.* Vid. omnino *Dn. Par. in Hyp. Jur. feud. tit.* 10. §. 3. 4. & 5.

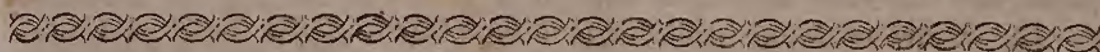
OBJ. Quod hæres non poſſit hæreditatem pro parte agnoſcere, adeoque nec agnatus feudum, repudiata reliqua hæreditate adire *L.* 1. *L.* 2. *de Acq. vel. omitt. haer.* ſed jam dictum eſt, feudum paternum ratione agnatorum non eſſe portionem hæreditatis. *Vid. Hyp. d. l.*

Qv. VII. *An poſſeſſio rerum haereditariarum ipſo jure acquiratur?*

NEGATUR: nam (1) poſſeſſiones ſunt facti, *L.* 1. §. 3. & 4. *ff. de Acq. vel omitt. poſſ. L.* 3. §. 5. *L.* 29. *ff. eod. L.* 12. §. 2. *f. ff. de Captiv. & poſtl. L.* 19. *ff. Ex quib. cauſ. maj. L.* 44. *ff. de Acq. vel amitt. poſſ.* indeque non ipſo jure, ſed facto, quo animo & corpore quid apprehenditur, acquiruntur, *L.* 3. §. 1. *L.* 8. *ff. eod.* & cum (2) poſſeſſionis factum hæreat in perſona defuncti, exſtinguitur ejus morte; ea enim, quæ facti ſunt, morte tolluntur, nec de perſona in perſonam tranſeunt ſine nova apprehenſione, *L.* 23. *ff. de Acq. vel omitt. poſſ. L.* 1. §. 15. *Si is, qui teſt. lib.* Unde

de (3) hæredes de novo apprehendere possessionem debere, disertis verbis traditur in *L.* 30. §. *p. ff. de Acq. vel omitt. poss.*

Repugnat igitur rationi juris eorum opinio, qui ipso facto possessiones consolidari ajunt: nam (1) nunquam acquiri potest possessio, nisi simul animo & corpore, adeoque facto, non jure consolidationis, *d. L.* 1. *d. L.* 8. *L.* 153. *in f. de R. J.* Unde (2) dominus, colono mortuo, non recuperat possessionem naturalem; nisi nova apprehensione, *L.* 40. §. 1. *ff. de Acq. vel. omitt. poss.* Idque (3) de hærede diximus, *d. L.* 30. Adeoque (4) consolidationes non sunt in possessionibus, sed juribus & dominiis.



LIB. XXIX. TIT. III.

TESTAM. QUEMADM. APER.

Qv. I. *An etiam testes ad publicationem testamenti citari debeant?*

Alii, semper id opus esse, contendunt, adeo, ut, si major eorum pars absit, ad absentes mitti debeat, *L.* 4. *sq. h.* *Alii* in solo nuncupativo putant citari testes debere, *Zaes. in f. h.* Verum id rejicit *Coler. dec.* 250. *Struv. & Brunn. h. Hillig.* 7. *c.* 6. *lit. c. Carpz. p.* 3. *c.* 3. *d.* 36. 37. 41.

Laut. pag. 507. verb. *ut & testibus.*

Equidem cum hi testes tantum ad recognoscendum citentur, *L.* 4. *L.* 7. *h.* nunquam omissa recognitio vitiat negotium, sed tantum ad pleniorem probationem pertinet. In testamento nuncupativo testes jurant, se audivisse a testatore, cum aliunde non constet, sed id æque probari per duos testes, vel per instrumentum Notarii potest. *Carpz: d. l. def.* 37.

Qv. II. *An relatio ad archivum necessaria sit in testamento, privata autoritate confecto?*

Negatur, sed conducit saltem ad probationem, & necessaria est quoad perpetuam ejus fidem; quia testes, per quos probanda aliquando est publicatio, in perpetuum vivere non possunt.

Dissentit Laut. pag. 507. verb. *quae necessaria est.*

Qv. III. *An valeat transactio de relictis in testamento non inspectis verbis testamenti?*

Laut. pag. 507. verb. *legendo.*

Resp. Transactio de relictis in testamento valet, etiam non inspectis verbis testamenti; (1) quia partes pro lubitu de jure suo disponere possunt, indeque v. g. legatarius, aliquo dato, aliquo accepto, renunciare ei, quod in testamento relictum est, potest: est enim revera hic transactio de spe lucri ex testamento eventuri, quæ res mere privati arbitrii est, *L.* 10. *L.* 11. *ff. de Haer. vend. L.* 8. §. 1. *de Contr. emt.* (2) Pactum gratuitum hic valere dicitur; *vid. Laut. pag.* 54. *in fin.* cur non & transactio; neque sane illa ratio differentiæ exposita a Brunnem. *ad Wes. tit. de transact. qu.* 19. aliquid momenti habet. (3) Neque solida aliqua ratio prohibitionis, neque textus pro sententia contraria afferri potest: (4) Evidentissime regula probatur ex *L.* 12. *ff. de Transact.* ubi qui transigit de eo, quod in testamento relictum est, non videtur remittere id, quod ex Codicillis postea prolatis relictum apparet; quia de illis cogitasse non censetur. Hinc ergo patet, secus esse, & omnino valere transactionem, si cogitet de codicillis, qui adhuc proferri possent. Quid si (5) testamentum perierit, ut inspici non possit, & forte de quantitate non constet? Sane ex opinione Dd. nec Judex sententiam proferre posset, nec transactio licita foret, quippe non inspectis testamenti verbis, adeoque jure suo cadat, necesse est. Accedit (6) quod de hæreditate tertii (quippe qui forte testamentum nondum fecit, adeoque cujus verba non inspexi), transigere, eique renunciare possim, sive ille incertus sit, *L.* 3. §. 2. *Pro soc. L.* 2. §. 2. *ff. de Haered. vend.* vel certus, sed consentiat, & in voluntate usque ad mortem perseveret, *L. f. C. de Pact.*

Sed & (7) jusjurandum (quod est species transactionis, *L.* 2. *de Jurejur. L.* 7. §. 16. *ff. de Pact. L.* 5. *C. de Ll.*) olim valebat de re, in testamento relicta, etiam non inspectis verbis testamenti, adeo, ut licet, apertis postea tabulis testamenti perjurium appareret, non tamen causam retractare liceret. Quod ex eo imprimis probatur, quia Justinianus demum in *L. f. C. de Reb. cred.* jus illud sustulit, & pejerantem ex suo delicto lucrum percipere noluit.

Sane (8) frustra dubitatum fuisset Jure Civili, an tale juramentum non inspectis verbis testamenti valeret, si transactio non inspectis verbis testamenti eo jure invalida fuisset; nam absque hæsitatione JCti hujusmodi juramentum, tanquam speciem transactionis, invalidum declaraturi fuissent.

Ne-

Neque (9) Justinianus, si in transactione id jus obtinuisset, a solo delicti & perjurii odio fundamentum decisionis suæ in *d. l. f.* petiturus, nec illud, quod tamen appositum erat, scil. in transactione ita obtinere, omissurus fuisse videtur.

(10) Transactiones & res judicatæ nec instrumentis noviter repertis infirmantur, *L.* 19. *C. de Transact.* testamentum autem nihil aliud est, quam instrumentum, *L.* 2. *ff. Test. quemadm. aper.*

(11) Allegant quoque *L.* 11. *pr. ff. de Exc. rei jud.* ubi sententia, (quæ est instar transactionis,) de controversia ex testamento proveniente lata, valet, etiam non inspectis verbis testamenti. Verum, ut dicam, quod res est, non agitur ibi de controversia ex testamento orta, sed de eo, an ruptum sit testamentum? quæ controversia oriri potest etiam non inspectis tabulis testamenti? hac controversia decisa, alia est: an substitutus quis sit in testamento? hæc oritur ex ipso testamento, nec aliter [illegible]o apparere potest, quam inspectis ejus verbis, sed de ea controversia ibi non transigitur: ut proinde textus ille nihil ad nostram sententiam stabiliendam faciat.

Neque Obst. (1) rationem hujus prohibitionis evidentem hanc esse, ne qui testamenta supprimunt, aut consulto diutius occultant, iniquum inde lucrum capiant, dum illo pacto illectantur legatarii & fideicommissarii ad transigendum, & modicum forte præsens pro emolumento alicujus momenti, quod ignorant, accipiendum, per *L.* 8. *ff. de Transact.*

Resp. (1) Ad evitandam hanc difficultatem Prætor pollicetur, quod eum, a quo desideratur editio, velit compellere ad edendum, *d. L.* 1. §. 1. *L.* 2. *f. ff. Test. quemadm. ap.* & *L.* 1. §. 1. *de Tab. exhib.* Si ergo v. gr. legatarius huic remedio renunciet, sibi id imputari debet. (2) Si dolo subtracta sint instrumenta, idque postea probetur, transactio rescinditur etiam Jure Civili, *L.* 19. *C. de Transact.* *L.* 5. *C. de Dolo mal.* & præterea pœna falsi statuitur, *L.* 2. *ff.* *L.* 14. *C. Ad Leg. Corn. de fals.* ac amissio ejus, quod relictum est, *l. p. C. de Legat.* Denique & (3) ratio illa supponit prohibitionem Legis, hæc vero nullibi exstat, indeque expresse probari debet, uti in alimentis, de quibus loquitur allegata *L.* 8. ubi aperta est æquitatis ratio.

Obj. (2) æquitatis rationem quoque in eo esse, quod per hujusmodi transactiones facile circumveniri possent supremæ hominum voluntates, quas exitum habere, etiam publice expedire creditur, *L.* 5. *ff. de Test. quemadm. aper.*

Resp. (1) Circumventio illa evitari poteſt, ſi v. g. legatarius ad edendum ſibi teſtamentum agit, hoc ipſo enim efficere poteſt, ut ultimæ voluntates exitum habeant. Si vero id negligat, nihil obeſt, cur conſenſu partium ultima voluntas effectu deſtitui queat; ſed & ſatis graves pœnæ contra circumvenientem ſtatutæ ſint. *Vid. Obj. praeced.* Denique publice quoque intereſt, ne lites, ſemel bona fide ſopitæ, denuo reſuſcitentur.

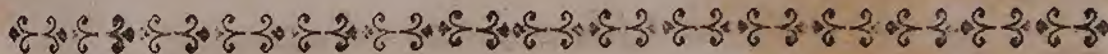
Obj. (3) *L.* 6. *ff. de Transact.* ubi de his controverſiis, quæ ex teſtamento proficiſcuntur, neque transigi, neque veritas exquiri aliter, quam inſpectis verbis teſtamenti, poteſt.

Resp. Textus hic deſumtus eſt ex *L.* 1. *ff. Teſtam. quemad. ap.* adeoque ex eo ſupplendus. Caſus autem in *d. L.* 1. *pr.* proponitur; ubi is cujus intereſt *deſiderat* tabulas teſtamenti inſpicere, & Prætor ita *deſideranti* poteſtatem facit; & tunc additur ratio in *d. L.* 1. & *d. L.* 6. quod de his controverſiis, quæ ex teſtamento proficiſcerentur, non niſi inſpectis verbis teſtamenti *tranſigi* poſſit, ubi vox *tranſigi* non denotat modum illum decidendi controverſias aliquo dato, aliquo retento, ſed facultatem agendi ex illo teſtamento: tranſigere enim germanice quoque dicitur Verhandeln, Verrechten. Vid. *Fabri Lex. voc. tranſigo*: hinc Cicero *tranſigere negotium, controverſiam*, &c. ait, quod eſt, einen ſtreitigen Handel verrichten: Bene igitur Labittus obſervavit, Collectores pandectarum legem hanc ob vocem illam *tranſigi* ex errore *ad titulum, transactionis* transtuliſſe: cum potius pertineat ad hunc titulum, ubi agitur *de aperiendo teſtamento* ad eum effectum, ut tranſigi i. e. agi inſpectis verbis ex eo poſſit.

Atque hoc modo ceſſant omnes illæ quæſtiones: an talis transactio, accedente juramento, valeat? An partes ei renunciare poſſint? &c. *Struv. Ex.* 6. §. 57. *Treutl. D.* 7. *theſ.* 4. *lit. e. Laut. h.* Quas olim jam rejecit *Cuj. in L.* 1. *h. & Ferret. in L.* 3. §. 4. *Teſtam. quemadm. ap. &c.* & transactiones etiam non inſpectis verbis teſtamenti fieri poſſe, ſtatuit cum Ferreto *ad L.* 3. *ff. de Transact. Balduin. in Juſtin. L.* 3. *p.* 346. *Jacob. Labitto in Uſu Indicis Ll. p.* 289. *Hotom. ad d. L.* 6. *Fabro in rational. ad d. L.* 6.

Equidem communiter ſententia illa invaluit, non valere transactionem, niſi viſis inſpectisque verbis teſtamenti. *Gail. L.* 2. *O.* 139. *n.* 7. *& n.* 10. *Bald. Conſ.* 440. *Vinn. de Transact. c.* 5. *n.* 6. *Laut. Concl. For. Ex.* 9. *th.* 8. *lit. b.* Rationes exhibet *Muller. ad Struv. d.* §. 57. Adeo ut cautelam ſuppeditent Dd. tutius ſcil. eſſe, ipſi transactioni inſerere, factam illam eſſe inſpectis cognitisque verbis teſtamenti, *d. n.* 10. *Dn. Stryk. Caut. Contract. S.* 3. *c.* 7. §. 6. Atque pro hac communi opinione Curia Halberſtadienſis pro-

pronunciavit in causa des von Oppen, contra das Domkapitel, per sententiam de d. 18. Maji. 1705. quæ in Supremo Appellationum Judicio confirmata est d. 1. Jul. 1710.



LIB. XXIX. TIT. VI.

SI QUIS ALIQUEM TEST. PROHIB. VEL COEGERIT.

Qv. I. *An testamentum, dolo confectum, sit ipso jure nullum?*

AFFIRMATUR; quia dolus impedit consensum, eoque tollit essentiam testamenti. *Laut. pag. 509. verb. sive dolo &c.*

Obj. Quod vis & metus non tollant voluntatem, *L.* 21. *Quod met. caus.*

Resp. (1) Aliud est in voluntate dolo extorta. Rationem differentiæ dedi *supr. tit. Quod met. caus. qu.* 2.

Resp. (2) Falsum est, quod vis & metus non tollant ultimam voluntatem. *Vid. qu. seq.*

Qv. II. *An vis & metus tollant ultimam voluntatem?*

AFFIRMATUR; (1) quia ita ex alieno arbitrio penderent testamenta, quod prohibetur jure, *L.* 32. *de Hær. Inst.* (2) quia coactio testium infert nullitatem, *L.* 20. §. *fin. Qui test. fac.* nedum coactio testatoris. *Laut. pag. 509. verb. sive metu & vi &c.*

Obstat *l.* 21. §. *p. & fin. ff. Quod met. caus. L.* 15. *pr. de SCt. Silan.* ubi vis & metus non tollunt consensum. *Vid. supr. tit Quod met. caus. q.* 2.

Resp. Verum hoc est in negotiis, & pactis; hæc non vitiantur propter vim, sed tantum rescinduntur, ex æquitate prætoria: secus in ultimis voluntatibus: nam ad has edicta restitutoria non pertinent. *Conf. d. qu.* 2.

LIB. XXIX. TIT VII.

DE JURE CODICILLORUM.

Qv. I. *In quo differant codicilli & teſtamenta?*

RESP. Differunt in eo, quod utraque quidem ſint juſtæ voluntatis noſtræ ſententia; ſed teſtamenta de *omnibus* juribus, codicilli vero tantum de *quibusdam*, quæ quis poſt mortem fieri vult.

Qv. II. *An codicilli, qui cum teſtamento fiunt, ſint ſequela illius teſtamenti?*

Laut. pag. 509. verb. *Qui ſunt &c.*

AFFIRMATUR: ſunt vera pars teſtamenti, *L.* 2. *§.* 2. *L.* 14. *pr. h.* §. *fin. Inſt. eod.* indeque proprias ſolennitates non requirunt, *d.* §. *fin.* In his omnia fieri poſſunt, quæ in teſtamento, excepta ſola directa inſtitutione hæredis. Ratio allegatur in §. 3. *h. L.* 7. *C. h. L.* 10. *eod.* Hinc legata ipſo jure tolli poſſunt, *Vinn. ad pr. Inſt. de Adim. & transfer. leg.* tutor dari poteſt. *L.* 3. *pr. Teſt. tut.* ſcriptus hæres indignus declarari &c. *Laut. pag.* 501. tollitur everſo teſtamento, *Laut. in fin. h. t.*

Qv. III. *An legatarius teſtis eſſe poſſit in Codicillis?*

Laut. pag. 510. verb. *teſtis hic eſſe &c.*

AFFIRM. Nec ſuſpecti videri poſſunt: nam legatarii in ultimis voluntatibus ſunt teſtes idonei; quia non ſtatur eorum diſpoſitioni, ſed ei, quod ſcriptum eſt.

Qv. IV. *An mulieris idonei ſint teſtes in codicillis?*

Laut. pag. 510. verb. *& mulieres.*

RESP. Omnino: quod enim in teſtamentis prohibeantur, hoc eſt ex alia ratione, quia ſcil. teſtamenta ſunt juris publici, & in comitiis ſua natura fieri ſolebant, ubi fœminæ non admittebantur: at Codicilli poſt Auguſtum demum ſunt introducti, ubi comitia, indeque ratio prohibitionis ceſſabant, *Dn. Par. Hyp. Inſt. h.* §. 4. *Phil. Uſ. pr. Inſt. L.* 2. *Ecl.* 107. *n.* 3.

DISSENTIT *Vinnius ad* §. 5. *h. n.* 2. *& ad* §. 3. *ibid.* quia eadem ratio eſt, quæ in teſtamentis; (negat enim, teſtes repræſentare curias atque ideo fœminas excludi, *ad* §. 2. *Inſt. de teſt. ord. n.* 3.) at jam dictum eſt, rationem differentiæ ſubeſſe. Sane originariæ nulla alia ratio excludendi fœminas fuit.

Qv. V.

Qv. V. *An in Codicillis directo hæreditas dari possit?*

Negatur, §. 2. *Inst. h.* Nec valet in vim fideicommissi; quia non habuit animum fideicommittendi. Diff. *Vinn. ad* §. 2. *I. h. n.* 3. *Phil. L.* 2. *Ecl.* 106. Nec valet institutio, licet testamentum sit paternum, *Phil. d. l. n.* 5. nec piæ causæ, *ibid. n.* 5. nec confirmari potest, *ibid. n.* 8. *& Vinn. ad* §. 2. *I. h.* **Laut. pag. 510. verb. non etiam &c.**

Qv. VI. *Qualis actio detur, si fideicommissum universale relictum sit?*

Resp. Extraordinaria persecutio, *Laut. h.* §. 510. Anne petitio hæreditatis fideicommissaria? Negatur: nam hæc non datur contra hæredem, sed fideicommissaria, cui hæreditas a fiduciario est restituta, adversus tertium, qui pro hærede vel possessore possidet, *L.* 1. *L.* 3. *de fideic. hæred. petit.* **Laut. pag. 510. verb. officio judicis**

Qv. VII. *An clausula Codicillaris sustineat testamentum vitiosum, si testator nesciverit, uxorem esse prægnantem?*

Negatur, Nec valet testamentum in vim fideicommissi; (1) quia præsumtio voluntatis cessat: pater enim, si scivisset posthumum nasciturum, hunc oneraturus nón fuisset, *L. pen. ff. de Jur. Codicill.* (2) Argumento a milite sumto, cujus dispositio non valet, si nescivit, uxorem esse prægnantem.

Obj. (1) *L. f. C. de Codicill.* ubi debet valere voluntas, codicillo declarata, quomodocunque infirmetur testamentum.

Resp. Nisi fortior præsumtio aliam voluntatem inferat, uti hic.

Obj. (2) *L.* 3. §. 1. *de Jur. Codicill.* ubi codicilli valent, etsi posthumus natus ruperit testamentum.

Resp. Loquitur textus de posthumis, quos testator scivit sibi nascituros, ibi: *intelligitur enim is quoque hæres scriptus.*

Obj. (3) *L.* 8. §. 3. *eod.* ubi dicitur, posthumum natum rumpere testamentum, ad codicillos valere.

Resp.

Resp. Itidem ſcivit uxorem prægnantem.

Obj. (4) *L.* 11. & *L. pen. ff. eod.* ubi poſthuma, ignorante patre, gravi utero uxorem eſſe, nata, rumpitur quidem teſtamentum, at fideicommiſſa valent.

Resp. Non valent intuitu poſthumæ, utpote quam onerare noluit, ſed valent intuitu cohæredis, *d. L.* 11. & *L. pen. ff. eod. conf Struv. h.* §. 56. *ibique Evol.*

LIB. XXX. XXXI. XXXII.

DE LEGATIS.

Qu. I. *An legatum; quatenus pro* re legata *ſumitur, recte definiatur*: donatio quædam, a defuncto relicta &c.

Diſſent. Laut. pag. 511. verb. *pro re legata &c.*

Negatur: res legata non eſt donatio; aliud enim eſt donatio, aliud res donata: ipſa ergo ultima voluntas ita definitur in *pr. Inſt. de Legat.*

Qu. II. *An legatum recte definiatur: quod ſit donatio quædam, a defuncto relicta, ab hærede præſtanda?*

Laut. pag. 511. verb. *ab haerede praeſtando.*

Affirm. *pr. Inſt. de Legat.*

Obj. (1) *L.* 64. *pr. de Furt.* ubi recta via tranſire legatum à teſtatore in legatarium dicitur, indeque verba illa, *ab hærede præſtanda*, ſuperflua videntur.

Resp. Jus legati & dominii civilis recta via tranſit, ſed poſſeſſio, quæ facti eſt, & miniſterii, ab hærede ejusque miniſterio capienda eſt, & præſtatio eſt conditio, ſine qua non tranſit dominium naturale.

Obj. (2) *L.* 22. *de Leg.* 2. ubi legatum præſtari poteſt a teſtatore vivo, non ergo neceſſe eſt, ut ab hærede præſtetur.

Resp. Receſſit ibi teſtator a legato, dum ipſe vivus præſtitit, & jam ſit mortis cauſa donatio, quæ quoad formam eſt actus inter vivos, ut patet ex *fine d. l.*

Obj.

Obj. (3) *L.* 36. §. 2. *de Leg.* 2. ubi omittuntur verba *ab haerede.*

Resp. Ibi ſuppletur id voce: *teſtamento relicta*, cum in §. 1. *Inſt. h.* tantum extant verba: *a defuncto relicta*: hinc neceſſe fuit addere: *ab haerede praeſtanda*, ut diſtinguatur a fideicommiſſo, quod itidem a defuncto relinquitur, ſed non ſemper ab hærede, verum etiam ab alio, v. g. legatario præſtatur. Ratio hæc ceſſat in *d. L.* 36. ubi vox *teſtamento* ſatis diſtinguit legatum a fideicommiſſo: quia legata tantum in teſtamento poſſunt relinqui, fideicommiſſa vero etiam in codicillis.

Qv. III. *An legata hodie etiam codicillis relinqui poſſint?*

Negatur: etiamſi enim legata & fideicommiſſa exæquata ſint quoad omnia, id tamen verum ſaltem eſt quoad jura capientis, non quoad formam & modum relinquendi. *Vid. Dn. Par. Hyp. Inſt. l.* 2. *tit.* 24. §. 1. Contra formam autem legatorum eſt, codicillis ea relinqui: Nam codicilli ſunt precaria ſeu obliqua, legata vero directa diſpoſitio, quæ invicem pugnant. Non ergo hæc legata ſunt, quæ fideicommiſſis comparantur, ſed mera fideicommiſſa, in quibus hoc caſu non verba, ſed mens eſt inſpicienda & natura, quia ſua natura fideicommiſſum eſt, quod per tertium præſtandum eſt, & ſaltem uſus ita interpretatur. *Diſſent. Laut. pag.* 511. *verb. & jure novo.*

Qv. IV. *An ſingulis Judaeis legari poſſit?*

Affirmatur: nam cum iis commercium & Jurium Civilium communio eſt; collegia eorum ſunt improbata, at non commercium cum ſingulis; nec ullibi id prohibitum apparet. *Laut. Pag.* 511. *verb. ſingulis Judaeis*

Obj. *L.* 1. *C. de Jud.*

Resp. Judæorum collegio legari nequit; quia collegia eorum ſunt improbata.

Qv. V. *An univerſitati relictum ſingulis debeatur?*

Negatur; quia alia ſunt jura publica collegii, alia ſingulorum, & quod civitatis eſt, non eſt ſingulorum civium. *Laut. pag.* 511. *verb. Univerſitati.*

Obj. *L.* 19. *de Reb. dub. l.* 2. *C. de Incert. perſon.*

Resp. Loquuntur de cognatis, ubi aliud eſt; quia collegium cognati non habent, nec jura, bona & commoda publica, ut collegium, ſed ſinguli propria.

Qu. VI. *An pauperibus legatum uni miſerrimo dari poſſit?*

Laut. pag. 511. verb. *poteſt tamen.*

Affirm. Quia teſtator numerum non definivit, nec numerum, ſed neceſſitatem reſpexit.

Obj. *L.* 12. *de Teſtib. c. Pluralis.* 40. *de R. J. in* 6. ubi pluralitatis numerus duobus debet eſſe contentus.

Resp. Agunt textus de negotiis, ubi neceſſario plures requiruntur, v. g. de teſtibus: & tunc ſufficiunt duo; legata autem non debentur neceſſario pluribus: nam ex mente teſtatoris non numerum reſpexit, ut neceſſario inter plures dividatur, ſed ejus ſola hæc intentio fuit, ut pauperibus ſubveniatur, cui ſatisfactum videtur, ſi cum pluribus non ſufficiat, uni tribuatur miſerrimo.

Qu. VII. *An novo Jure legatum a legatario & fideicommiſſario relinqui poſſit?*

Diſſent. Laut. pag. 512. verb. *& novo jure &c. Item* verb. *a legatario. fideicommiſſario &c.*

Negatur. *Vid. ſupr. q.* 3. Sane a *fideicommiſſario* legari non poteſt, quo nihil rationi Juris magis contrarium: ſi enim Cajus hæres fit ſub lege reſtituendi Sejo, & ab hoc Titio legatur, hic haberet dominium, antequam is haberet, a quo acciperet. Eadem contradictio eſt in *legatario*: nam cum legata ipſo jure tranſeant in legatarium, hac ratione duo fierent eodem tempore directi domini ejusdem rei in ſolidum: imo tanta hæc contradictio eſt, ut nec miles a legatario legare olim potuerit, *L.* 41. §. 3. *de Teſt. mil.* etſi is mero jure gentium teſtetur.

Qu. VIII. *An ab eo, qui exhaeredato filio ſubſtitutus eſt, legari poſſit?*

Laut. pag. 512. verb. *ut etiam a ſubſtituto &c.*

Negatur: neque ab exhæredato, neque ab ejus ſubſtituto, *L.* 126. *pr. de Leg.* 1. quia tantum ab iis legari poteſt, ad quos aliquid ex haereditate legantis pervenit, *L.* 9. *C. de fideic. Laut. pag.* 512. etſi (1) ipſi legatum dederit, *L.* 87. §. 7. *in f. ad Leg. Falc.* quia eo caſu non paternae haereditatis portio, ſed legatum ad eum pervenit, *d.* §. 7. hoc tamen caſu fideicommiſſum olim relinqui poterat, *l.* 41. §. 3. de *Vulg. ſubſt.* quod

quod ſublatum eſt in *l.* 24. *C. h.* Etſi quoque (2) haereditas aut lege, aut per interpoſitam perſonam ad exhaeredatum indeque ad ſubſtitutum pervenerit, *d.* §. 7. Rationi enim congruum eſt, ne plus juris circa perſonam ſubſtituti teſtator habeat, quam habuerat in eo, cui eum ſubſtituebat. *d.* §. 7.

Exc. Si exhaeredatus filius alii haeredi ſubſtitutus fuerit in bonis patris, & ex ſubſtitutione ſaltem bona ad eum pervenerint, *d. l.* 87. §. 7. *quia* tunc judicio patris in ipſius haereditate honoratus eſt, *d.* §. 7.

Qv. IX. *An haeredi a ſe ipſo legari poſſit?*

NEGATUR: idem enim eſſet debitor, quia haeres, ſimul creditor, quia legatarius. Cum ergo ſibi ipſi ſolvere non poſſit, deficit legatum propter confuſionem, *l.* 34. §. 11. & 12. *de Leg.* 1. *l.* 17. §. *f. junct. l.* 18. *eod. l.* 116. §. 1. *eod. Ulpian. tit.* 24. §. 22. & *l.* 34. §. 1. *de Leg.* 2.

At a cohaerede relictum legatum valet pro ejus rata, neque hic confuſio *locum habet;* quia non a ſe ipſo accipit, ſed a cohaerede, *dd. LL.*

Unde ſequitur (1) cohaeredem, cui ſimpliciter legatur fundus, partem a cohaerede accipere jure legati, partem vero deficere; quia a ſe legatum capere non poteſt. (2) Haec ergo portio deficiens legati accreſcit conjunctis, ſi ſint, *l.* 34. §. 11. *de Leg.* 1. ſi autem non ſint, manebit pars illa penes hæredem jure haereditario; quia deficiente legato, manet pars haereditatis, & pertinet ad ejus portionem haereditariam, *l.* 76. §. *f. ad l. Falc. l.* 24. *C. Fam. erc.* de cujus ſenſu *vide Goth. ad d. l.* 24. & *Cuj. ad d. l.* 76. §. *f.*

Atque hinc jam explicantur duo textus admodum intricati in *l.* 116. §. 1. *de Leg.* 1. & *l.* 34. §. 12. *eod.*

Caſus *d. l.* 116. hic eſt: teſtator P. & S. haeredes inſtituit, & poſtea S. T. & Z. fundum legat: unusquisque ergo horum legatariorum accipit trientem, quam haeredes P. & S. pro rata ſolvunt: (nam legata ab haeredibus pro rata haereditatis praeſtantur), at quia S. ſimul haeres eſt, indeque trientem ſibi legatam pro parte a ſe ipſo acciperet, quoad ſextantem, quam ipſe ſibi ſolvere deberet, deficit legatum, & accreſcit conjunctis T. & Z. ſed quoad alteram ſextantem, quam cohæres ei præſtare debet, valet legatum, quia ratio confuſionis hic ceſſat: non enim a ſe ipſo capit, ſed a cohærede.

Casus *d. L.* 34. §. 12. hic est. P. & S. hæredes instituuntur, P. ex uncia, S. ex undecim unciis: postea his duobus legatur fundus, quæritur quid unusquisque horum legatariorum accipiat?

Resp. Unciario semis recte legatus est, utpote quem a cohærede totum accipit, qui undecim legati uncias præstare debet, deunciario autem non est recte legatus semis; quia quinque uncias sibi ipsi præstare debet: hæ ergo deficiunt & accrescunt conjuncto unciario; retinet igitur solam unciam, quam a cohærede unciario capit, & ubi ratio confusionis deficit, quia non a se capit. Et hoc est, quod in *d. L.* 34. dicitur: *Haeredem unciarium capere deuncem, seu undecim, uncias legati, & deuncem haeredem tantum unciam.*

Qu. X. *An legatum rei, quae in spe tantum est, v. g. legatum fructuum nasciturorum, purum sit, an conditionale?*

Laut. pag. 512. verb. *legatum purum est.*

Distinguit *Laut. p.* 512. & ait, legatum quoad transmissionem purum esse quoad obligationem vero conditionale; quia peti non potest legatum, nisi fructus existant.

Sed rectius dicendum, legatum hoc etiam quoad obligationem purum esse; quia neque dies, neque conditio est adjecta: non enim eo tendit dispositio testatoris, ut aliquid suspendat in futurum eventum. *Vid. supr. tit. de Pact. qu.* 43.

Quod autem peti non possint fructus, nisi nati sint, id non est ex dispositione testatoris conditionali, sed ex natura rei; quia quod non est, peti non potest, *d. q.* 43. unde dicitur, moram, non conditionem, inesse, *L.* 6. §. *p. in fin. Quand. dies leg.* Hoc ergo disponens non suspendit, sed natura rei: non enim disponens voluit, expectari casum, aut conditionem, sed natura rei dispositionis effectum differt, *L.* 73. *pr. de V. O.* Neque juri agendi quicquam deficit, sed impedimentum facti est; quod non magis legatum conditionale facit, quam si ob morbum vel absentiam agere nequit. Atque hinc bene dicitur in *L.* 99. *de Cond. & dem.* quod conditiones, quæ tacite, i. e. ex natura rei, insunt, pro veris conditionibus non habeantur, *d. quaest.* 43. Effectus hujus doctrinæ est, quod transmittatur tale legatum ad hæredes, *L.* 6. §. 1. *L.* 25. §. 1. *Quand. dies leg.* quod fieri non posset, si obligatio esset conditionalis, obligatio enim, quæ non est, ad hæredes transmitti non posset, *dict. q.* 45.

Qu. XI.

Qv. XI. *Si 100. modii, ex fundo Tuſculano præſtandi, legantur, an totum legatum debeatur, licet in fundo Tuſculano nihil natum ſit?*

AFFIRMATUR; quia fundus tantum demonſtrationis gratia adjectus eſt, ut ſcil. inde accipere poſſit non ut præciſe debeat, *L.* 27. §. 2. *de Leg.* 3. *L.* 12. *de Alim. legat.* *Laut. pag.* 512 verb. *ſi tamen.*

Secus (1) ſi non certa quantitas, ſed in genere fructus ex fundo Tuſculano legantur: tunc enim non datur, niſi quod natum eſt; quia tacita ineſt conditio; *ſi quid natum fuerit*, quæ deficit, ſi nihil naſcitur. Neque definiri fructus poſſunt, niſi ex illo fundo: nam reſpectu aliorum fundorum nimis generale foret & incertum legatum eoque nullum: varia enim eſt quantitas pro variis fundis.

Idem eſt (2) ſi certa quantitas fructuum legatur ex fundo *taxative*, v. g. ſi quis legavit *ex illo dolio amphoras decem*: tunc enim legatarius, ſi minus invenitur, hoc tantummodo accipit, quod invenitur; quia teſtator præciſe ex illo dolio legatarium certam quantitatem vini habere vult, quæ cum ibi non inveniatur, deficit eatenus legatum, *L.* 8. §. 2. *de Leg.* 2. *L.* 5. *de Trit. vin. &c. leg.*

Qv. XII. *Quando teſtator rem oppignoratam legat, an valeat, & quid videatur velle legatum?*

RESP. Valet legatum, etſi ipſe legatarius luere debeat: quia ſemper plus eſt in pignore, quam in debito; ſed ſi teſtator SCIVIT, eſſe oppignoratam, hæres luere debet; quia rei appellatione naturaliter & poſſeſſio & fructus continentur, *d. L.* 66. §. *p. vid. qu. præced.* Re igitur legata poſſeſſio dari debet, quod non poteſt, niſi luatur, *L.* 15. *de Dot. præleg. L.* 6. *C. de Fideicomm.* Secus ergo, ſi IGNORAVIT; quia in dubio non videtur hæredem onerare velle, ſed ſuum legare, eoque non legaſſet, ſi ſciviſſet: niſi alia appareat voluntas, quæ eſt limitatio *Legis* 57. *de L.* 1. Scientiam vero probat legatarius: tum, quia actor eſt & eam allegat, tum, quia præſumtio eſt pro hærede, *L.* 67. §. 8. *de Leg.* 2. *Laut. pag.* 513. verb. *ſi legata ſit res teſtatori oppignorata.*

Qv. XIII. *Quando teſtator rem, in qua alius jus habet, legat, quid videatur velle legatum?* *Laut. pag.* 513 verb. *ſi res cum aliis communis.*

RESP. Si dominium in illa re habet teſtator, tunc, re legata, proprietas ejus, omneque jus rei cohærens, legatum cenſetur: res enim ejus-

U u 3 que

que dominium complectitur omnia jura in re, ejusque possessionem, jura, fructus &c. Etsi igitur alius jus in illa re habeat, illud quoque legatum videtur, & ab hærede præstari, ac lui, aut ejus æstimatio solvi debet; quia voce rei ejusque dominii omnia ea jura continentur, & rem, dominiumque sua natura sequuntur, uti ususfructus, pignus, possessio &c. Vid. *L.* 66. §. *p. de Leg.* 2. *Laut. p.* 513. *in fin. verb.* (2) *si tertius &c.*

Exc. (1) omne dominium alienum: hinc si testator utile dominium habeat, alius directum, tantum suum jus legavit, *L.* 71. §. *f. de Leg.* 1. idem est, si commune dominium sit, suam saltem partem intellexit, *L.* 30. §. 4. *de Leg.* 3. quia distincta dominia sunt, quæ invicem non accedunt; hæc ergo præstari legatario non debent. *Laut. p.* 513. *ibique Dd.*

Exc. (2) onera rei perpetua: nam hæc rei cohærent, & a solo possessore ejus præstanda sunt, qualia etiam sunt servitutes prædiorum, *L.* 66. §. *p. de Leg.* 2. quas proinde legatarius necessario præstat, nec eo nomine quicquam ab hærede repetit, *L.* 116. §. *f. de Leg.* 1. quia rei dominium æque ut ejus commoda sequuntur, quæ proinde legatarius, ut rei, cui cohærent, dominus, præstat, *d. l.* 116. §. *f. l.* 66. §. *p. de Leg.* 2. Nisi aliud in specie testator dispofuerit.

Qu. XIV. *An, si res legata sit extra commercium solius legatarii, aestimatio debeatur?*

Negatur; nam (1) quoties nulla est obligatio ratione rei, nec æstimatio debetur; quia sub re continetur, *l.* 88. *de Verb. sign.* Adeoque (2) si totius rei debitum ipso jure nullum est, nec valoris legatum erit, (3) si ex causa nulla nihil peti potest, *d. l.* 34. *de V. O.* sequitur, quod hic, ubi legatum nullum est, nec æstimatio peti possit; sed & (4) qua, quæso, ex causa, sive qua actione æstimatio peteretur? sane actio legati locum habere nequit; quia legatum non est. Idque confirmatur (5) ex *L.* 49. §. 2. *de Leg.* 2. ubi diserte afferitur, agrum ei, qui ejus commercium non habet, legari non posse, sic in *L.* 34. *de V. O.* in causa simili deciditur, stipulationem rei, cujus commercium non habeo, inutilem esse. Idem quoque obtinet in fideicommissis; nam eadem utrobique ratio est.

Obj. (1) *L.* 40. *ff. de Leg.* 1. ibi: *Sed si res aliena, cujus commercium legatarius non habet, ei: cui jus possidendi non est, per fideicommissum relinquatur, puto, aestimationem deberi.*

Resp.

Resp. (1) Caſus ibi eſt, ubi teſtator rem alienam legatario, in cujus commercio res non eſt, legat, eumque rogat, ut tertio, cui jus poſſidendi non eſt, reſtituat; & hoc caſu recte deciditur, tertio æſtimationem deberi. Agitur ergo (2) de re aliena, quam legatarius reſtituere, non quam ſibi acquirere debet: hic ergo non impedit, neque fideicommiſſario nocet, quod in legatarii commercio non ſit, non magis, quam ſi quid non ſit in commercio hæredis, *L.* 49. §. 3. *de Leg.* 2. Etſi vero (3) porro dicatur, tertium fideicommiſſarium non habere jus poſſidendi, tamen aliud eſt, non eſſe in commercio, aliud jus poſſidendi non habere: nam nec rem alienam poſſidendi jus eſt, & tamen æſtimatio debetur. Sic (4) in hoc caſu tertius jus poſſidendi non quia res ei non eſt in commercio, ſed tum quia res aliena eſt, tum, quia legatarius, a quo res relicta eſt, rem comparare, & ſic præſtare non poteſt; merito igitur æſtimatio debetur. Sed & (5) aliis quoque modis fieri poteſt, ut res ſit in commercio, & tamen poſſideri, vel haberi non poſſit, ut in objectione ſequenti.

Obj. (2) *L.* 114. §. 5. *de leg.* 1. ubi re licite relicta, quam legatarius propter vitium corporis, vel qualitatem relicti, vel aliam quamcunque probabilem cauſam habere non potuit, æſtimatio debetur.

Resp. Expreſſe ibi agitur de re *licite* relicta, ergo fuit in ipſius commercio: nam in commercio eſſe dicitur, quando Lege non eſt prohibitum acquiri. Non ergo ibi impedimentum Juris eſt, ſed facti, ut acquiriri ei non poſſit, non, quia Jure prohibitum, ſed, quia alia *cauſa probabilis* obſtat, uti ſi militia curſoris claudo, cantoris muto &c. relicta ſit. Secus ergo, nec probabilis cauſa diſpoſitionis obſtat, ſi jure prohibetur, & improbatur relictum.

Obj. (3) *L.* 11. §. 16. *de Leg.* 3. ubi, ſi ſervo alieno militia legatur, domino ſervi acquiritur æſtimatio.

Resp. Per militiam non intelligitur officium ipſum, ſed æſtimatio: nam quædam militiæ æſtimantur: indeque hoc legatum magis in quantitate conſiſtit. Hæc ſervo licite relinqui poteſt, & ſervus ejus ex perſona domini capax eſt: unde apparet, hic non agi de re, quæ extra commercium legatarii eſt. *Vid. Goth. ad d.* §. 16. *Cuj. ad L.* 34. *de V. O.*

Obj. (4) Quod feudo legato æſtimatio debeatur, *Laut. p.* 512. *ibique late Dd.*

Resp. Feudum eſt omnino in commercio legatarii, quod autem abſque conſenſu domini acquiri non poſſit, ratio eſt, non, quia extra com-

commercium eſt, (nam tunc nec domini conſenſu alienari poſſet), ſed quia res aliena eſt, & cum reverentia domini pugnat; quoties autem legato, licite facto, cauſa probabilis obſtat, toties æſtimatio debetur, *L.* 114. §. 5. *de Leg.* 1. Sed & admodum controvertitur hæc opinio: nam feudo legato, nec æſtimationem deberi, præjudiciis confirmant *Chriſt. V.* 6. *dec.* 27. Conf. præter autores a Lauterbachio allegatos, *Vinn. ad* §. 4. *Inſt. n.* 7. *in f. h. t. Fach. L.* 5. *q.* 37. *Gail. L.* 2. *O.* 154. *n.* 13. *Sand. d. l.*

Effectus eſt, quod hæc legata nunquam convaleſcant, *L.* 29. *de Reg. Jur.* §. 2. *Inſt. de Inut. ſtip.* Nec valent ſub conditione, ſi in commercio erit; quia de iis lege prohibitum eſt omne commercium & conventio, *d.* §. 2. Neque pœna inde debetur *L.* 69. *de V. O.* Conf. *Sand. L.* 4. *t.* 4. *d.* 4. ubi præjudicium hujus rei exſtat.

Qv. XV. *An res, legatario propria, legari poſſit?*

Laut. pag. 513. verb. *honorato jam propria.*

NEGATUR; Nec valet legatum, etſi jus in re alienum ſit, v. g. uſusfructus, poſſeſſio, ſervitus &c. *L.* 66. §. *p. in fin de Leg.* 2.

Exc. Si jus, quod legatarii non eſt, ſed vel teſtatoris, vel tertii, conſiſtat in ipſa rei ſubſtantia: tunc enim valet legatum, & debetur, quod alienum eſt; quia res ipſa hactenus eſt aliena, uti ſi aliena ſit ſuperficies, *L.* 86. §. *f. de Leg.* 1. emphyteuſis, *L.* 71. §. *p. eod.* pignus, *L.* 43. §. *f. L.* 8. *pr. de Leg.* 1. ſive ipſe creditor, *d.* §. *f.* ſive tertius legaverit rem pignoratam: *d. pr.* Hoc ergo pignus luere debet hæres, non vero nomen principale ſolvit debitori; quia diſtincta debita ſunt, nomen & pignus, niſi alia mens ſit; *L.* 1. *d. Lib. leg. L.* 3. *de Pact.*

Obj. *L.* 66. §. *p. de Leg.* 2. ubi res legatarii, ipſi legata, non valet, propter præmiſſas cauſas, inter quas pignus eſt.

Resp. (1) per cauſas ibi JCtus intelligit ſervitutes, de quibus Lex præcipue loquitur.

Resp. (2) Non valet legatum, ſi res, quæ legatarii, & oppignorata eſt, legetur, ac teſtator *ignoret* pignus: nam cum onus reluendi legatario hoc caſu incumberet, §. 5. *Inſt. de Legat.* inutile foret legatum contra intentionem teſtatoris.

Qv. XVI.

Qu. XVI. *An valeat legatum generis?*

Neg. si sit adeo indefinitum, ut nesciri possit, quid debeatur, uti si testator alicui ædes vel fundum, quem non habet, leget. *L.* 71. *pr. de Legat.* 1. *l.* 69. §. 4. *de Jur. dot.* Aliud est, si definiri potest, tum utique valet legatum fundi etiam in genere. Hoc enim casu (1) non est incertum legatum, & sic ratio cessat, quæ legata generis nulla reddit. (2) In *l.* 24. §. 3. *de Leg.* 1. omne legatum valet, quod quocunque modo definiri potest. (3) Hinc, ædibus simpliciter relictis, valet legatum, & optio est hæredis, *l.* 71. *pr. de Leg.* 1. sed & fundo, in genere stipulato, valet stipulatio, & datur inde actio incerti, *l.* 75. §. 1. *de V. O.* Disertis quoque verbis id traditur (5) in *l.* 73. §. *de Leg.* 1. *Si de certo fundo sensit testator, nec appareat, de quo cogitavit, electio hæredis erit.* *Laut. pag.* 514. *verb. de genere.*

Obj. (1) *l.* 69. *§.* 4. *de Jur. dot.* ibi: *Nec videri simile, quod, fundo non demonstrato, nullum esse legatum, vel stipulationem fundi, constaret.*

Resp. Loquitur de casu, ubi fundus plane non est, quod ex subsequentibus verbis: *corpus ignotum*, apparet; vel saltem loquitur de tali dispositione, ex qua plane non constat, quidnam testator relictum voluerit.

Qu. XVII. *Cum genere legato non debeantur omnes species, sed una ex omnibus, quis habeat electionem?*

Resp. Legatarius; quia ipsi competit rei vindicatio, cujus consequens est electio, *l.* 108. §. 2. *de Leg.* 1. *l. f.* §. 1. *in f. C. Comm. de leg.* nam cui concessum vindicare, ei etiam concessum erit eligere certam speciem; quia genus vindicari nequit; idque in terminis traditur in *l.* 71. *pr. de Leg.* 1. *Laut. pag.* 514. *verb. legato genere.*

Lim. (1) ut tamen non eligat optimum; quia in dubio testator non præsumitur, hæredem suum nimis gravare voluisse, *d. l. f. §.* 1. nisi expresse optio ei data sit, *L.* 2. *pr. L.* 4. *de Opt. Leg. l.* 9. *§.* 1. *de Dol. mal.*

Lim. (2) si testator Stichum legavit, & quia plures Stichi adsunt, non constet, de quo cogitaverit, tunc judicium & optio est hæredis. *l.* 37. §. 1. *de Leg.* 1.

Obj. Quod electio regulariter sit debitoris; quia is præstare debet, adeoque ejus factum est, de quo agitur: neque enim præstatio est restricta ad certam rem; quia non tenetur hanc vel illam præstare, sed aliquam, non ergo cogi potest, ut hanc præcise præstet. *L.* 52. *Mand.*

Resp. Verum hoc eſt in perſonali actione; qualis olim dabatur ex legato damnationis, *l.* 45. §. 1. *l.* 46. *de leg.* 1. *d. l.* 43. §. *f. de Leg.* 2. & hodieque. ſi quantitas legetur, *l.* 4. *de Trit. vin. ol. Laut. p.* 514. at aliud eſt, ſi creditor vindicare poteſt ſpeciem: eam enim debitor præſtare tenetur, *d. l.* 71.

Qu. XVIII. *An eadem res, ab eodem teſtatore & haerede bis legata, ſemel tantum praeſtari debeat?*

Affirmatur, *l.* 34. §. 1. *de Leg.* 1. nam præterea, quod præſumtio ſit pro hærede, quem in dubio teſtator non videtur voluiſſe gravare, ſemel tantum res exiſtit, indeque ſemel tantum deberi poteſt & ex errore repetitum videtur.

Obj. (1) *d. l.* 34. §. 2. ubi eadem quoque res, in gemina ſcriptura relicta, bis debetur.

Resp. Ibi duo teſtatores ſunt, qui eandem rem relinquunt: tunc enim res & æſtimatio debetur; nam idem hic eſt, ac ſi ab alio & alio hærede legetur. *l.* 44. §. *f. de Leg.* 2. *l.* 53. §. 1. *de Leg.* 1.

Exc. Si non idem corpus, ſed eadem quantitas ſæpius legetur: eadem enim res ſæpius præſtari non poteſt, eadem ſumma, volente teſtatore, multiplicari poteſt. *d. l.* 34. §. 3.

Obj. (2) *L.* 18. *pr. de Alim. leg.* ubi eadem ſumma, bis relicta, ſemel tantum debetur.

Resp. Ibi non eſt eadem quantitas legata, ſed diverſa, & quidem ex eadem cauſa, ſcil. alimentorum; tunc igitur ſemel tantum debetur, & teſtator in codicillis minorem ſummam relinquendo, a priori diſpoſitione receſſiſſe videtur.

Obj. (3) *l.* 47. *de Leg.* 3.

Resp. Ibi non eſt eadem quantitas legata, ſed in uno exemplari 100. in altero 50. ſed & non ex gemina ſcriptura legatum eſt, ſed ejusdem ſcripturae duo ſaltem proferuntur exemplaria; in quibus ſumma variat, & hoc caſu minor quantitas in favorem haeredis praeſtanda erit.

Qu. XIX.

Qv. XIX. *Quid interſit, an pars bonorum, an pars haereditatis ſit legata?*

RESP. BONORUM parte legata, hæres deducit æs alienum: hoc enim deducitur a tota hæreditate, & legatarius conſequitur ſolorum bonorum partem, utpote quae non intelliguntur, niſi deducto ære alieno, *l.* 39. §. 1. *l.* 83. *de V. S.* *Laut. pag.* 514. verb. *certa bonorum vel haereditatis pars.*

Atque hinc, dimidia bonorum parte legata, haeres deducit & pretium manumiſſorum, & dotem, & funeris impenſas, *l.* 9. *ff. de Leg.* 2. uti ſi 2000. ſunt in haereditate, 800. vero aes alienum, haec 800. deducuntur ex tota maſſa, & ab haerede ſolvuntur: reliqua 1200. inter haeredem & legatarium dividuntur, & dicitur partitio, & legatarius partialis. §. 5. *Inſt. de fid. haer.*

HÆREDITATIS parte legata, tota ſumma haereditatis dividitur; & legatarius in caſu propoſito 1000. accipit, nec quicquam æris alieni deducitur, ſed hoc totum ſolvit haeres ex ſua parte, non ex tota maſſa. Unde ſi quarta Falcidia ſalva non eſt, uti hoc caſu 50. deſunt, illa detrahit legato. Igitur nec pretia manumiſſorum, nec impenſæ funeris hic deducuntur, ſed omnia praeſtat haeres de ſuo. *l.* 8. §. *f. de Leg.* 3.

Qv. XX. *An actio ex teſtamento ſit ſtricti juris?*

AFFIRMATUR; (1) quia quoties quis agit ad conſequendum id, quod ſuum non eſt, actiones ſunt ſtricti juris, *L.* 38. §. 7. *de Uſur.* at qui agit ex teſtamento, petit id, quod antea non habuit. Idque (2) confirmatur eo, quod in actione hac non juretur in litem, *L.* 6. *de Jurej. in litem* quod falſum eſſet, ſi eſſet bonæ fidei *L.* 5. *pr. eod.* Porro & (3) qui juſſus eſt a teſtatore, certo loco quid dare, arbitraria de eo, quod certo loco &c. conveniri poteſt, *L.* 5. *de eo, quod certo.* quod fieri non poſſet, ſi actio ex teſtamento illa eſſet bonæ fidei, *L.* 5. *pr. eod.* *Laut. pag* 515. verb. *eſt ſtricti juris.*

OBJ. Quod legata & fideicommiſſa, quae actione ex teſtamento petuntur, inter negotia bonæ fidei recenſeantur, *L.* 34. *ff. de Uſur.* & quod uſuræ ex mora inde debeantur, *d. l.* 34. quod nunquam contingit in negotiis ſtricti juris, *L.* 3. *L.* 7. *C. de Uſur. L.* 22. *C. eod.*

RESP. Actio illa ex teſtamento hactenus eſt bonæ fidei, ut uſuræ quoque ex mora peti poſſint, idque ex noſtris principiis accurate ſequitur: nam quia legata fictione juris ipſo ad legatarios transeunt, *L.* 64. *ff. de Furt.*

 adeo,

adeo, ut ea nullo momento in dominio hæredis fuiſſe videantur, *l.* 9. §. *de Pecul.* hactenus hæres rem tenet alienam, ex qua proinde juxta regulas bonæ fidei uſuras præſtare tenetur; quia iniquum eſt, aliquem ex re aliena lucrum captare velle: at quia in rei veritate res legatarii nunquam fuit, cæteri effectus bonæ fidei non obtinent: hinc nec juratur in litem; quia de affectu rei, quæ nunquam ipſius fuit, jurare non poteſt.

Qu. XXI. *An, area legata, etiam debeatur aedificium, in ea exſtructum?*

Laut. pag. 515. verb. *ſic aedificium.*

AFFIRMATUR, *l.* 39. *ff. de Leg.* 2. *L.* 44. §. 4. *de Leg.* 1. quia ædificium eſt acceſſio areæ.

Exc. Niſi appareat teſtatorem imponendo ædificium voluiſſe adimere legatum, *d. l.* 44. §. 4.

Obj. (1) *L.* 65. §. 2. *de Leg.* 1. ubi, domo legata, ſi, ea diruta novam teſtator domum extruat, interire legatum dicitur.

Resp. Diruta domo, interit legatum, quia nova domus legata non eſt; ſecus ſi area legatur: tunc enim, quicquid areæ accedit, legatum cenſetur, §. 18. §. 19. *Inſt. de Legat.*

Obj. (2) *L.* 79. §. 2. *de Leg.* 3. ubi area legata, ſi poſtea ei inædificatum eſt, peti non poteſt.

Resp. Domus cedit legato: at alia quæſtio eſt: an exſtruendo, & mutando aream, adimere voluerit legatum? hæc quæſtio facti eſt, indeque probari debet; ſi igitur apparet, ideo quem mutaſſe aream, ut adimat legatum tunc interit legatum.

Insto, quod reviviſcat, ſi denuo area ſit, *d. l.* 79. §. 2. quod falſum eſſet, ſi ſemel ademiſſe videretur.

Resp. Hæc opinio Celſi exploſa eſt & rejecta a Paulo in *l.* 98. §. 8. *de Solut.* ibi: *nec admiſſum eſt, quod Celſus ait;* in perpetuum enim ſublata obligatio reſtitui non poteſt.

Qu. XXII. *An uſuræ quoque in legatis & fideicommiſſis debeantur?*

Laut. pag. 516. verb. *uſuris & fruct.*

AFFIRMATUR: *Vid. ſupr. tit. de Uſur. q.* 2.

Obj. Legata eſſe ſtricti juris, ubi uſuræ ex mora non debentur. Sed Resp. *d. q.* 2.

Qu. XXIII.

Qv. XXIII. *An, re legata, ejus fructus debeantur ex tempore mortis?*

Resp. Non debentur a tempore mortis teſtatoris, ſive in rem, ſive in perſonam agatur, *l.* 86. §. 2. *de Leg.* 2. *L. f. C. de Uſur. leg.* ſed poſt aditam hæreditatem a tempore moræ, *L.* 78. §. 2. *de Leg.* 2. *L.* 23. *de Leg.* 1. *l.* 26. *de Leg.* 3. *pr. de Uſur.* *Laut. pag. 516. verb. non mortis.*

Ratio eſt, quia, etſi teſtamentum ſubſiſtat ſola voluntate teſtatoris, totum tamen negotium demum perficitur ex delatione teſtatoris, & NB. acceptatione ejus, cui relictum eſt, indeque non incipit, niſi a die aditæ hæreditatis: & hactenus tacite ineſt conditio, quæ quamdiu non exiſtit, non poteſt dici negotium perfectum eſſe quoad effectum periculi & commodi, *L.* 8. *de Peric. & comm. rei vend.*

Obj. (1) *L.* 42. *de Uſur.* ubi ex quo agnitum & ſic acquiſitum eſt fideicommiſſum, fructus quoque ad fideicommiſſarium pertinere dicuntur: acquiſitum autem eſt tempore mortis.

Resp. (1) Agit de fideicommiſſo, cujus dies nondum ceſſerat, & quæritur tantum, ſi die cedente fructus, qui ante diem nati pendent, & percipiuntur, an hi acquirantur: de initio fructuum igitur quæſtio non eſt.

Resp. (2) Agit textus de fideicommiſſo, non de legato, fideicommiſſarius non ipſo jure acquiſivit rem, (indeque nec fructus), ſed ex traditione demum hæredis, Juſtinianus autem demum legata & fideicommiſſa adæquavit.

Obj. (2) *L.* 40. *verſ. quia. ff. de A. R. D.* ubi fundo legato hæres fructus ex eo ſuos non facit.

Resp. Ibi hæres iam adiit, eoque utitur re aliena, indeque ſi ſciens utitur, tanquam malæ fidei poſſeſſor fructus reſtituere tenetur.

Obst. (3) *L.* 1. & *L. f. C. de Uſ. leg.* ubi hæres tenetur ad fructus legati lite conteſtata, adeoque etiam ante hæreditatem aditam, ſi lis conteſtata fuerit.

Resp. Supponitur jam hæreditas adita; quia ante hæreditatem aditam agere nequit.

Varias opiniones de his fructibus vide apud *Goth. ad L. f. C. de Uſur. leg.*

Qv. XXIV. *An actio ex testamento, quæ personalis est, concurrat cum hypothecaria alternative, an elective?*

Laut. pag. 516. verb. cum hypothecaria alternative.

RESP. Minus accurate ita quæritur, cum uterque concursus unum idemque sit: nam si alternative duo remedia proponuntur, necessario elective concurrunt, & una electa, altera locum non habet. Rectius ergo quæritur: an cumulative, an elective concurrant? Et dicimus, cumulative concurrere, adeo, ut electione invicem non tollant, sed utraque ipso jure intentari possit, at quod ex priori jam accepit, officio Judicis detrahitur, *L.* 41. §. 1. *de O. & A.* Conf. *Bach.* 2. *D.* 23. *th.* 7.

Qv. XXV. *Qualis culpa præstetur in legatis?*

Laut. pag. 516. verb. ac praestanda hic legatario.

Lauterbachius ait, *ante* moram hæredem præstare dolum & culpam; *post* moram vero culpam levissimam. Sed minus accurate: nam distinguendum omnino est, an legatum ab hærede relictum sit, an a legatario &c. illo casu hæres semper præstat culpam levissimam; quia est gestor negotii alieni, *L.* 47. §. 4. & 5. *de legat.* 1. Hoc casu is, a quo legatum relinquitur, culpam levem saltem præstat, quia utriusque est utilitas, *l.* 108. §. 12. *de Leg.* 1. *l.* 1. *C. Comm. de leg.* si solius accipientis, dolum, *d. l.* 108.

Uterque post moram præstat casum: adeoque mora non distinguit culpam, sed moræ effectus est, quod hæres præter culpam casum quoque præstet, *l.* 26. *de Leg.* 3. *l.* 47. §. *f. de Leg.* 1. quod ipse Autor in hac pagina fatetur.

✣✣

JUS ACCRESCENDI,

Anwachsungs-Recht.

Qv. I. *Quaenam fuerint fata juris accrescendi?*

RESP. Tria fuere tempora: (1) Vetus ante L. Papiam, quo jus accrescendi obtinuit; (2) Medium sive ipsius L. Papiae, quo totum jus accrescendi sublatum, & portio deficiens fisco data fuit, cujus pauca tantum vestigia in ff. exstant; (3) Novum, quo jus vetus plenius reductum fuit in *L. un. C. de Cad. toll.*

Qv. II.

Qu. II. *Quaenam sit ratio juris accrescendi?*

Resp. Ratio juris accrescendi, quoad *hæreditates* introducti, hæc est, quod cum hæreditas sit universitas, ea pro parte relinqui non possit, ubi ergo portio deficit ex juris necessitate, accrescit alteri potiori.

Ratio autem juris accrescendi, quoad *legata* introducti, non ex juris necessitate dependet, utpote cum totum vel pars legati dari possit, sed unice nititur voluntate testatoris, duos vel plures in eadem re conjungentis. Nam (1) cum duobus, Cajo & Sejo, eadem res legatur, unicuique res ipsa non pars rei datur, *L.* 3. *pr. de Usufruct. accresc. l.* 80. *de Leg.* 3. *l.* 17. §. 1. *Ad L. Aquil.* At quia eadem res utriusque in solidum esse non potest, ideo & ob solam hanc causam necessario partes faciunt concursu. Hinc si Sejus non concurrit, sed deficit, ratio illa necessitatis cessat, & potest alteri solidum competere. (2) Testator in ista re tantum ei conjunxit alterum, quo ergo deficiente, nemo amplius ei conjunctus, sed ipse solus est. (3) Testator prætulit Cajum in illa re legata omnibus aliis, excepto Sejo, quia ei rem dedit, aliis non dedit: nemo ergo in parte Seji ipsi præferri potest eodem modo, ut in substitutionibus. (4) Unicuique solidum fundum dedit, sed conditio inest, si non concurrant, *L.* 34. *seq. Ad Leg. Falc.* qua conditione deficiente legatarius solidum retinet.

Qu. III. *Quandonam videantur verbis conjuncti?*

Resp. Si solis verbis conjunguntur, uti si res *diversæ* vel partes una oratione pluribus legantur: *L.* 142. *de V. S.* secus, si *eadem* res pluribus legatur: tunc enim sunt re conjuncti, *ibid.* Uti (1) si P. & S. fundus æquis partibus legatur: tunc enim duæ partes sunt relictæ, & pars una non est pars altera, sed distinctæ, etsi non divisæ, *l.* 89. *de Leg.* 3. *Laut. pag. 517. verb. verbis tantum.*

Ita (2) si servo communi relinquitur, *l.* 20. *de Legat.* 2. quia in omni communione partes sunt, *L.* 29. *de Solut.* etsi indivisæ.

(3) Si singulis eadem res a singulis, adeoque bis duobus relinquitur; quia unus ab uno, alter ab altero consequitur, *L. pen. de Usufr. accresc.* & legatarii non minus separati videntur, quam si duobus æquis partibus eadem res relicta sit, *d. L. penult.*

(4) Si duobus singuli servi legati, *l.* 84. §. *pen. de Leg.* 1. Conf. *L.* 29. *de Sol.* Equidem vere conjuncti sunt, si duobus eadem res vel duo servi legentur: Uterque enim servus utrique legatur, sed vox *singuli* distinguit partes, & uni unus servus, alteri alter datur.

Eo-

Eodemque modo (5) ſi teſtator duobus legat æquas fundi partes; vel cuique dimidiam fundi partem, vel ſingulis partes: non magis eadem pars eſt, quam ſi inæquales eſſent, & uni triens, alii bis legetur. Hic igitur ſunt re conjuncti; quia aliud atque aliud ſingulis debetur, ſed una oratione tantum conjungitur.

Qu. IV. *An jus accreſcendi locum habeat inter verbis conjunctos?*

Diſſent. Laut. pag. 517. verb. & his quoque &c.

NEGATUR: (1) per textus expreſſos in *l.* 20. *de Leg.* 2. *l. pen. & ult. de Uſufr. accr. L.* 66. *de Hær. inſt.* ubi eſt oralis conjunctio, & una oratio, nec tamen jus accreſcendi. *Add. L.* 6. §. 1. *de Uſufr. accr.* Sed dicitur tantum eſſe compendium ſermonis: & dictæ *Legis penultimæ* ratio non eſt ab uſufructu, ſed a conjunctione (2) Jus accreſcendi eſt inter eos, qui ab initio ſolidum habent, & concurſu partes faciunt, *L.* 1. §. 3. *& l.* 3. *pr. de Uſufr. accreſ. l.* 34. §. *f. l.* 35. *l.* 36. *pr. Ad L. Aquil.* verbis conjuncti autem non habent ab initio ſolidum, ſed ſemper partes habent ab initio, *l.* 89. *de Leg.* 3. Indeque repugnat juri accreſcendi partes accipere, cum per illud ſolidum retineamus. Neque (3) quiſquam dixerit, ſecus eſſe in partibus diviſis: nam in *d. L.* 89. non agitur de partibus diviſis, ſed indiviſis; quia teſtator non diviſit, ſed promiſcue dixit, æquis partibus do, lego, non autem, quod unus debeat partem dextram, alter ſiniſtram habere. Sed & (4) jus accreſcendi non eſt, niſi pluribus ad eandem rem vocatis. *Vid. Laut. h. & l.* 54. §. *pen. de Leg.* 1. Atque ubi cuique pars tantum data eſt, non eadem res, ſed alia & alia datur; quia neque pars eadem eſt pars altera, neque idem pars & totum, ſed licet diviſæ partes non ſint, diſtinctæ tamen ſunt; Ergo &c.

EXC. (1) ſi præter verbis conjunctos alius quoque re ſit conjunctus: tunc enim verbis conjuncti præferuntur ei; qui re conjunctus eſt, indeque etiam in eandem rem conjuncti videntur; quia in partem, quæ uni data eſt, uterque concurrere poteſt, adeoque concurſu jam partes faciunt, quod dicitur, & ratio ejus datur in *l.* 41. *pr. de Leg.* 1. ubi illi, qui ne verbis quidem conjuncti ſunt, propter tertii adjectionem in rem conjuncti videntur. Idemque eſt in *L.* 142. *verſ. Lucius Titius &c. de V. S.* Idem in *l.* 89. *ff. de Leg.* 3.

EXC. (2) ſi partes viriles datæ. *l.* 16. §. *f. de Leg.* 1. *junct. l.* 142. *de V. S.*

OBJ.

Obj. (1) *L.* 1. *pr. Usufr. accres.* ubi dicitur, jus accrescendi locum habere, quoties conjunctim ususfructus est relictus: atqui in verbis conjunctis relinquitur conjunctim.

Resp. Quoties *ususfructus* est relictus, jus accrescendi omnino locum habet, non vero quoties partes tantum Usufr. vel ita, conjunctim ususfructus relinquitur, quoties idem, non vero, quoties alius atque alius relinquitur, uti si æquis partibus dividitur.

Obj. (2) Jus accrescendi est inter conjunctos, §. 8. *I. de Legat.* verbis conjuncti autem sunt conjuncti, *d. l.* 89. *d. l.* 142.

Resp. Limitatur major, quod locum habeat inter conjunctos in eamdem rem, quales non sunt verbis conjuncti, *arg. l.* 66. *de Haer. inst.* ubi syllaba & non facit conjunctionem, sed celerius locutus testator videtur.

Obj. (3) *L.* 66. *de Haer. inst.*

Resp. Ibi nemo in eandem partem conjunctus est, sed omnes tres sine parte, adeoque tres diversæ partes factæ.

Qu. V. *An si eadem res uni pure, alteri sub conditione relicta sit, jus accrescendi locum habeat?*

Neg. Per text. expr. in *l. f.* §. 2. *de Leg.* 2. *l.* 74. *de Cond. & dem.* sed utrique pure, vel utrique sub eadem conditione eadem res legata esse debet, *l.* 54. §. *f. de Condit. & demonstr.* Atque hinc, si Sejo & posthumo eadem res legetur, non sunt conjuncti; quia posthumo nihil legari potest, nisi sub conditione, si nascatur, quæ sua natura semper inest.

Cui ergo portio hæc deficiens acquiritur?

Resp. Dependet hoc ex voluntate defuncti; si conditio potestativa utrique adjecta, & unus pareat, ac impleat, is acquirit totum legatum: nam pars alterius, qui non implevit, ei accrescit cum suo onere, *l.* 54. §. *f. de Cond. & dem.*

Obj. *l.* 16. §. *f. de Leg.* 1. ubi Titio & posthumis partes viriles dantur, & tamen, non nato posthumo, Titius totum capit.

Resp. Non ex jure accrescendi tacito, sed verbis testatoris expressis, qui viriles dedit, i. e. tot partes, quod capita, seu pro numero capitum. Si

Si ergo solus Titius existit, tota ejus portio virilis est, *L.* 145. *de V. S.* nam si conjuncti hi essent, tunc pluribus natis T. semper semissem haberet; quia posthumi uno quasi nomine conjuncti, pro una persona haberi deberent, cum tamen non capiat, nisi virilem.

QV. VI. *Quaenam sint singularia in usufructu accrescendo?*

RESP. Duo sunt singularia: (1) quod, *proprietate* pluribus legata, portio portioni, res rei accrescat, in *usufructu* autem portio accrescit personae; quia jus personae est, non rei, *l.* 33. §. 1. *de Usufr.* indeque non opus est, ut pars parti accrescat.

(2) In *proprietate*, pluribus legata, portio deficiens non accrescit, nisi ei, qui suam portionem acquisivit: quia unum legatum est, quod pro parte repudiare nequit: proprietatis enim legatum semel constituitur, & totum acquiritur ab una, & totum repudiatur ab altera parte: adeoque ei, qui suam partem non habet, altera accrescere non potest. In *Usufructu* autem ei quoque, qui suam partem amisit, alterius portio accrescere potest, *l.* 1. §. 3. *de Usufr. accr.* §. *f. de Usufr.* nam usufr. legatum quotidie constituitur, *d. l.* 1. §. 3. *de Usufr. accres.* quia in facto & perceptione consistit: quot igitur sunt perceptiones, tot quodammodo sunt legata, *L.* 10. *de Usufr. accresc.* plures igitur sunt usufructus, quorum uno repudiato, alter adhuc acquiri, & uno quaesito, alter repudiari potest, *l.* 1. §. 3. *de Usufr. accr.* Jus igitur hic personae est, non rei, indeque usufructus non parti, sed personae, accrescit, *L.* 33. §. 1. *de Usufr. accr.*

(3) Quod in *ususfructu*, non *re*, conjuncti sint, si uni proprietas, alteri ususfructus est relictus, nam & sub illa continetur ususfr. jure proprio, licet tantum materialiter, *l.* 3. §. *f. de Usufr. accres.*

QV. VII. *An portio deficiens, defuncto conjuncto, ad ipsius haeredem per jus accrescendi pertineat?*

Laut. pag. 517. verb. *quod jus.*

AFFIRMATUR, *L.* 9. *de Suis & leg.* quia in jure accrescendi ab initio cuique solidum datum censetur, & concursu saltem partes fiunt, adeoque, qui partem suam agnovit vel adiit, illi postmodum non tam accedere pars deficiens videtur, quam non decedere solidum: ergo quia initio statim quaesitum videtur, ad haeredes pertinet. Neque enim inest conditio, nisi tacita ex Lege, quae illud non facit condition[illegible] sed manet purum, *L.* 99.

de

de Condit & Demonstr. Aliud est in substitutione, *L.* 9. *de Suis & leg.* nam substituti jus semper conditionale est: additur enim expresse conditio, si alter hæres non est, qua conditione pendente si moritur, nihil ad hæredem transit, quia natum nondum est, nec conditio retrotrahitur in ultima voluntate.

Qv. VIII. *An in contractibus locum habeat jus accrescendi, si duobus creditoribus conjunctim quid promissum est?*

Negatur; (1) quia in *testamentis*, ubi ipse testator de mente sua amplius consuli non potest, necessitas exigebat, varias interpretationes ex conjecturis facere, quæ non sunt veræ probationes, nec certa voluntas, sed præsumtio juris ex eo, quod verosimilius est. Nec sufficerent illæ conjecturæ, nisi juris authoritas accederet, quæ id præcipue intendit, ut ultimæ voluntates facile exitum haberent. Unde nec in militibus, ubi sola voluntas inspicitur, semper obtinent. Sed in *contractibus* non sufficit unius voluntas, & ejus interpretatio, si pars neget, se ita voluisse, & cum ea voluntas non appareat, non potest is damnari, nisi probetur, ita contractum fuisse. (2) Quia non potest creditori; nisi ex suo contractu, acquiri: si ergo duobus stipulantibus promittatur simul, quisque tantum partem stipulatus est, nec alteri ex alterius stipulatione acquiri potest, §. 4. *I. de Inut. stip.* *L.* 110. *de V. O.* *L.* 64. *de Contr. emt.* Si autem cuique solidum promissum, sunt correi credendi, qui nunquam concursu partes faciunt. (3) Quia portio deficere non potest, utpote cum statim negotium utriusque perfectum, & jus inde quæsitum fuerit. Neque pendet ab eventu agnitionis, ut in testamentis, in quibus jus non quæritur, nisi hæres post mortem agnoverit: hoc casu igitur non magis locum habet jus accrescendi, quam quando legatarius semel suam partem agnovit. *Laut. pag. 517. verb. ad contractus &c.*

Qua ratione omnino in feudo jus accrescendi locum habere nego, si feudo pluribus legato. 1. *F.* 14. §. *f.*

Qv. IX. *Quis sit effectus juris accrescendi?*

Præmittendum hic est, quod, licet in omni conjunctione, quæ in eandem rem fit, ab initio solidum datum videatur, & concursu demum partes fiant, tamen Justinianus in *l. un. C. de Cad. toll.* quoad onus & quoad effectum distinctionem fecerit inter *conjunctos*, (i. e. re & verbis conjunctos), & inter *disjunctos*: (i. e. re conjunctos), nam partem accrescentem in *illis* magis spectavit, ut alienam, in *his* ut propriam, ut *illi* rem alterius acquirere, *hi* rem suam retinere videantur; quia *disjunctorum* cuique rem

in ſolidum dedit, *conjunctis* non niſi ſimul, & utrique eandem; quod Juſtinianus contra veram juris rationem ita interpretatus eſt.

Laut. pag. 517. verb. etiam ignorantibus & invitis.

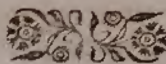
Hinc duo ſequuntur effectus: (1) quod portio deficiens accreſcat etiam invitis, & quidem in *haereditate* ſemper; quia nemo pro parte inteſtatus eſſe poteſt; at in *legatis* id tantum ſtatuit de *disjunctis*, *l. un.* §. 11. *pr. de Cad. toll.* quibus invitis quoque non decreſcit, cum e contrario *conjunctis* non niſi volentibus accreſcat: *disjuncti* enim rem ſuam retinent, quam pro parte repudiare non poſſunt. *Conjuncti* alienam acquirentes poſſunt, quia totum repudiant. *Chriſt. V.* 1. *dec.* 314.

Laut. pag. 518. verb. & quidem haereditas.

(2) *Conjuncti* rem alterius acquirunt; ergo cum onere ei adjecto, *disjuncti* ſuam retinent, cui onus non erat adjectum *d. l. un.* §. 11.

Qv. X. *An in Belgio & aliis locis, ubi quis cum duobus teſtamentis & pro parte quoque inteſtatus decedere poteſt, jus accreſcendi in haereditate locum habeat?*

RESP. Si conſtat, teſtatorem voluiſſe pro parte inteſtatum decedere, negari nequit, ceſſare jus accreſcendi, utpote quod in hæreditatibus locum tantum habet ex neceſſitate juris; quia pro parte nemo teſtatus eſſe poteſt. Vid. *ſupr. q.* 2. *Chriſt. dec.* 312. *n.* 2. At ſi de eo non conſtet, ſed teſtator partes aliquas omiſit, vel partes quædam alias deficiant, locum omnino habet jus accreſcendi; (1) quia neceſſitas in favorem teſtamenti & ultimæ voluntatis remiſſa eſt, ut poſſit, ſi velit, pro parte teſtari, non ergo id extendi debet ad deſtruendam voluntatem, ne accreſcat. (2) Inter cohæredes ſcriptos portione unius deficiente ex eadem ratione eſt jus accreſcendi, qua in legatis, quia omnes in eandem rem, ſcil. hæreditatem, ſunt conjuncti: unde & re & verbis conjuncti hæredes cæteris præferuntur, ut in legatis, *l.* 34. *pr. de Leg.* 1. *l.* 63. *de Haer. inſt.* Idque (3) apparet ex eo, quod & in milite locum habuerit jus accreſcendi, ſi voluntas non repugnaret, *l.* 1. *C. de Teſt. mil. l.* 37. *eod.* In quo tamen præſumtiones illæ civiles locum non habebant, & qui & ipſe pro parte inteſtatus eſſe poterat. Ut proinde regula illa; quod quis pro parte inteſtatus decedere poſſit, non impediat jus accreſcendi. Atque hoc (4) egregie probat *Chriſt.* 1. *dec.* 51. *n.* 48.



LIB.

LIB. XXXIII. TIT. I.

DE

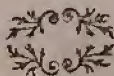
ANNUIS LEGATIS ET FIDEI-COMMISSIS &c.

Qv. *Quomodo differant legata annua, & promissio annua?*

Resp. Differunt (1) quod *annua stipulatio* initio cujusque anni veniat, & statim cedat, indeque una sit, §. 3. *Inst. de Verb. obl. L.* 16. §. 1. *eod.* Nam conventionis dies statim cedit, obligatio statim nascitur, una ergo hic est obligatio, & unum jus, & solutio saltem in plures annos divisa est. *Legatum annuum* initio cujusque anni demum cedit, & multiplex est, *L.* 4. *L.* 11. *de Ann. leg.* Nam obligatio non incipit, nisi singulis annis, indeque plura sunt legata. *Laut. pag.* 518. *verb. nam plura sunt &c.*

(1) *Annua stipulatio* est pura, §. 3. *I. de V. O. annuum legatum* conditionale, *d. l.* 4. Vera hujus rei ratio hæc est, quod in *stipulatione* non tantum quis sibi, sed & suis hæredibus prospiciat, cum e contrario in *legatis* testator tantum legatario, non legatarii hæredi, consulere voluisse videatur. (3) Ex *illius* igitur voluntate retrotrahitur conditio, ut statim ab initio obligatio adsit, ex *hujus* voluntate non retrotrahitur conditionis tempus, ne ad hæredem legatarii jus transeat. Hinc (4) *stipulationi annua* non inest conditio, etsi additum sit, *si vixerit*: nam obligatio, semel cœpta, non finitur morte creditoris ipso jure, licet post mortem exceptione doli hæres ejus repellatur; quia contra pactum defuncti venit, *d.* §. 3. *I. de V. O. L.* 56. §. 4. *ff. eod. Legato annuo* inest conditio, *si vixerit*, licet id non additum sit, *d. l.* 4. quia testator præsumitur soli legatario, non hæredi legatarii favere voluisse: indeque suo potius hæredi, quam huic, prospicere voluisse videtur. Unde (5) *stipulatio annua* perpetua est, *d.* §. 3. quia obligatio, semel nata, ad hæredes transit: *Legatum annuum* morte legatarii finitur; quia si præmoritur, deficit conditio, eoque tota obligatio. *d. l.* 4.

Conf. *Dn. Par. Hyp. Inst. tit. de Verb. obl.* §. 7.



LIB. XXXIII. TIT. II.

DE USU ET USUFR. ET REDITU, ET HABITATIONE, ET OPERIS, PER LEGATUM VEL FIDEICOMMISSUM DATIS.

Qv. I. *Quomodo differant legatum reditus & legatum usufructus?*

RESP. *Legatum usufructus* consistit in facto personæ: fructuarius enim ipse possidet, colit, percipit: at *legatum reditus* in re ipsa ejusque reditu: talis enim legatarius non possidet, nec colit, nec percipit, sed hæres colit, tenet, percipit, & perceptum præstat reditum.

Hinc I. *Legatum reditus* non finitur capitis diminutione, uti *usufructus*, qui consistit in facto personæ, quæ interit & tollitur capitis diminutione: prior enim in re ipsa consistit, quam hæres præstat, & conditio: *si vixerit*, ad mortem civilem non extenditur.

II. *Usufructus*, reipublicæ legatus, 100. annis finitur, *L.* 56. *ff. de Usufr. supr. l.* 7. *t.* 4. *q.* 1. ne proprietas inutilis maneret in perpetuum, *ibid.* Secus in *annuo reditu* legato: non enim tunc dici potest, proprietatem perpetuo manere inutilem; quia hæres retinet possessionem, colit fundum, percipit fructum, & ex perceptis reditum præstat: nihil enim legatarius in re possidet, *l.* 6. *h. t.*

III. *Legatario usufructus* præmortuo, hæres ejus percipere fructus amplius non potest, *L.* 8. *in fin. de Ann. leg. & supr. l.* 7. *t.* 1. *q.* 9. quia fructuarius fructus suo facto demum acquirit; si ergo ipse non separavit, jus separandi cum facto personæ cessat, *d. tit.* 1. *q.* 8. & 9. Secus in *legatario annuorum redituum*, quo præmortuo fructus pendentes pertinent ad ejus hæredem, etsi ipse non percipit; quia non acquiruntur perceptione, sed debentur ab hærede, modo dies cesserit. *l.* 2. *seq. Quand. dies leg.*

Qv. II. *An usufructus legatus videtur, si legentur annui fructus?*

Laut. pag. 581. *verb. usufructus legatus videtur.*

AFFIRMATUR, *L.* 40. *h. L.* 20. *de Usufr. L.* 22. *h.* quia hæc mens testatoris fuisse videtur: usufructus enim sua natura in annuo fructu consistit. *d. l.* 41.

OBJ.

Obj. 58. §. 1. *de Usufr.*

Resp. Aliud eſt, an teſtator directo *fructus* leget, v. g. Titio annuos fructus do lego, id verus uſusfructus eſt; quia legando fructus, legatario videtur poteſtatem fruendi dediſſe, ita, ut ipſe percipere fructus ex re poſſit, unde neceſſario uſusfructus ſequitur. Aliud eſt, an *redactum ex fructibus* legat, de quo eſt *d. l.* 58. tunc enim ſupponitur factum hæredis, qui poſſidet, percipit, & perceptum fructum ſingulis annis præſtat legatario, deductis impenſis. Ante omnia igitur inquirendum, an teſtator ipſum legatarium percipere, an vero per hæredem ei fructus præſtari, voluerit: hoc caſu erit annua penſio.

Qv. III. *An proprietas videatur legata, ſi quis leget fundum ad utendum fruendum?*

Negatur, *L. f. de Uſufr. ear. rer. l.* 10. §. 1. *de Uſu & hab. l.* 24. §. 1. *de Uſufr. leg.* Secus ſi quis leget fundum ad alimenta. *L.* 4. *pr. de alim. leg. junct. l. p. in f. eod. l.* 8. §. 5. *de Tranſact.* *Laut. pag.* 518. verb. *proprietas.*

Ratio differentiæ eſt, quod (1) alimentarius conſumere rem, totaque res alimentis ejus inſervire poſſit; in illo igitur proprietas neceſſario intelligitur: adeoque re ad alimenta legata, ad conſumendum legata intelligitur ex natura alimentorum, quæ conſumi ſolent. Secus in uſufructu, qui non intelligi poteſt, niſi ſalva ſubſtantia. (2) Qui ad alimenta legat, non nominat jus aliquod a proprietate diſtinctum, uti qui ad fruendum legat; uſusfructus enim eſt jus aliquod in re, a re ipſa ſeparatum.

Obj. *l.* 19. *de Aur. argent. leg.*

Resp. Ibi ſimpliciter res ipſa legata vel donata fuit ſub onere fideicommiſſi, non igitur res ibi legatur ad utendum fruendum: & licet poſtea addatur: *quarum rerum uſusfructus, dum vives, ſufficiet*, eo ipſo innuitur animus, non uſumfructum relinquendi, ſed fideicommiſſum conſtituendi.

Qv. IV. *An proprietas legata videatur, ſi uſusfructus cum liberrima poteſtate alienandi legetur?*

Negatur: nam uti in contractibus pactum hoc adjectum non tollit naturam negotii; *vid. ſupr. tit. de Pact. q.* 19. ita ſi legatur uſusfructus cum pacto de alienando, manet verus uſusfructus, cum lege de alienando adjecta. Alienare ergo legatarius poteſt, non jure proprietatis; ſed ex lege, *Diſſent. Laut. pag.* 518. verb. *cum pleniſſima.*

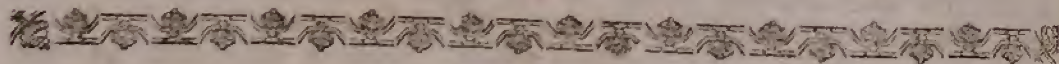
lege, teſtamento adjecta: atque hinc ſi non alienet, manet uſusfructus, &, finito uſufructu, res reſtitui debet: ſi vero alienet, deſinit quidem uſusfructus, ſed is, in quem alienetur, non rei proprietatem, ſed ſolum uſumfructum acquirit; quia non poteſt plus juris habere, quem alienans ipſe habuit. Conf. *Strav. Ex.* 12. *th.* 11.

Qv. V. *An legatum omnium bonorum contineat etiam acquiſita poſt factum teſtamentum?*

AFFIRM. *L.* 17. *h. L.* 8. *de Leg.* 1. *&c. Laut. p.* 518. *in fin.* ubi hanc ſententiam communem & praxi receptam ait.

OBJ. *L.* 7. *de Aur. & arg. leg.* ubi qui veſtem *ſuam* legat, hac demonſtratione præſens, non futurum tempus oſtendit.

RESP. Ibi non agitur de legato omnium bonorum, ſed de legato ſpeciali *veſtis ſuæ*, quæ vox præſens tempus denotat, quia futura veſtis *ſua* dici non poteſt. Secus ergo, ſi veſtes in genere leget, tunc omnino etiam futuræ, adeoque omnes, quæ tempore mortis ſunt, intelliguntur.



LIB. XXXIII. TIT. IV.

DE DOTE PRÆLEGATA.

Qv. I. *An dos, quæ uxori jure dominii naturalis competit, legari poſſit, & quis ejus effectus?*

RESP. Legari dos uxori omnino poteſt: quia plus eſt in legato, *L.* 1. §. 2. *h.* Hinc dicitur dos prælegata; quia ex legato ante debetur, quam ex dote, *Rubr. & tot. tit. h.* item relegata, *L.* 1. *L.* 2. *L.* 5. *C. h.* quia non dat per legatum, ſed reddit rem, quæ uxoris jam eſt, uti dicitur in *l.* 77. §. 12. *de Leg.* 2.

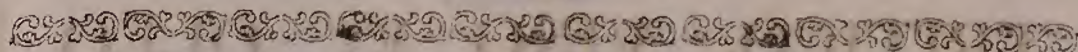
Effectus prælegatæ dotis eſt (1) quod mulier onerari poſſit pro commodo hujus prælegati, at non in dote ipſa, *L.* 2. *pr. h.* vel, ſi maritus impenſas fecit, quæ dotem ipſo jure minuunt, pro earum quantitate, *d. pr.* (2) Ceſſant pacta doti adjecta, *l.* 1. §. 1. *h.* quia ex alia cauſa, ſcil. legati,

gati, petitur. (3) Hoc legatum tollitur, dote uxori ſoluta; quia actio, ſi quæ eſſet de dote, hoc legato continetur, ſed & idem hoc legato continetur, quod in actione dotis eſt, *l.* 1. §. 5. *h.* Ergo una perceptio alteram tollit. Nec quicquam ſupereſt, quod ex legato præſtari poſſet, & ſic fit inutile. Idem eſt in caſu, quo interit res dotalis. *l.* 1. §. 6. *h.* (4) Debetur ſtatim, *l.* 1. §. 2. *h.* alias olim trima, hodie in mobilibus annua demum die, *L. un.* §. 7. *C. de Rei ux. act.* (5) Actio realis ex legato competit, cum olim actio ſaltem perſonalis ex dote data ſit, *l.* 3. §. 2. *de Leg.* 3. (6) Beneficium competentiæ habet maritus, ejusque liberi in dote, *Laut. pag.* 424. quæ ceſſat in dote prælegata. *Laut. h.*

(7) Ceſſat Falcidia, etſi tertio legetur, ut mulieri reſtituat, *L.* 57. *Ad L. Falcid.* quia non eſt res teſtatoris, ſed uxoris, de qua nihil detrahi poteſt, niſi plus ſit in legato, quam dote.

Obj. *L.* 1. §. 12. *h.* ubi Julianus, hoc caſu Falcidiæ locum eſſe, ait.

Resp. Imo Ulpianus rejicit ſententiam Juliani, & ſtatuit, idem juris eſſe, ac ſi ipſi mulieri dos relegata ſit, quæ etiam eſt ratio Marcelli in *d. l.* 57. *ita obſervatur, ut omiſſa interpoſiti, capientis perſona ſpectetur.*



LIB. XXXIII. TIT. V.

DE

OPTIONE ET ELECTIONE LEGATA.

Qv. I. *An haeres ſtipulantis hujus optionem eligere poſſit?*

Negatur. Hæres ejus, qui optionem ſtipulatus eſt, eligere non poteſt, tum, quia eadem ratio, quæ in legatario, tum, quia expreſſe perſonalis electio dicitur in *L.* 76. *pr. de V. O.* tum, quia jus hoc ſolum in teſtamentis mutatum eſt. *Laut. pag.* 519. *verb. ſtipulantes.*

Obj. (1) *L.* 2. §. 2. *de V. O.* ubi dicitur, quod obligatio in persona hæredum mutari nequeat.

Resp. Loquitur de obligatione, quæ in hæredes transit, hæc mutari in persona hæredis non potest. Non vero de ea, quæ non transit: obligatio enim in hærede mutari non potest, quæ in hærede nulla est.

Obj. (2) *l.* 75. §. 3. *de Leg.* 1.

Resp. Nec stipulatur ibi optionem, sed rem. Nec stipulantis hæres ibi eligit, sed præstat electionem alteri.

Qu. II. *An repeti optio possit?*

Negatur. Nisi (1) omnes species non sint exhibitæ, *L.* 4. *L.* 5. *h.* Vel (2) si elegerit per errorem rem, quam retinere nequit, *l.* 2. §. 2. *h.* secus ergo, si erravit quidem, sed in re, quam retinere potest. *d. l.* 2.



LIB. XXXIII. TIT. VI.

DE

TRITICO, VINO ET OLEO LEGATO.

Qu. I. *Quid sit vetus, quid novum vinum?*

Respondet JCtus, *vetus esse, quod non est novum. l.* 9. §. *f.* & *sq. h.* Inepta videtur hæc definitio, sed salva res est: nam statim additur: *Superioris anni.* Disputabant nimirum JCti, num vetus dici possit, quod unius tantum est anni? Quidam negabant; quia vetus tantum videtur esse, quod est plurium annorum: hoc refutat JCtus, (1) quia vetus est, quicquid non est novum, seu ultimi anni; ergo non est definitio, sed refutatio: nam aut vetus est, aut novum, non novum, ergo vetus. (2) Quia certum initium dari non posset.

Exc. Si vel usu testatoris, vel loci, vinum vetus aliter definiri soleat,

LIB

LIB. XXXIII. TIT. VII.

DE INSTRUCTO VEL INSTRUMENTO LEGATO.

Qv. I. *An, legato fundo cum Inſtrumento, inſtrumenta ſint acceſſorium?*

Affirm. *l.* 5. *h.*

Obj. Quod inſtrumenta æque ſint principale, ac ipſe fundus, *l.* 1. *h.*

Resp. Sua natura id verum eſt, quia per ſe ſubſiſtere poſſunt, ſed ex mente præſumta teſtatoris, & verbo *cum*, non videntur ſine fundo legata.

Qv. II. *An, villae inſtrumento legato, ſupellex contineatur?*

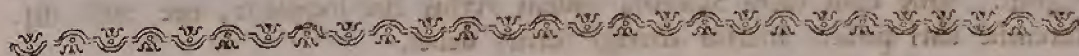
Affirmatur in *L.* 61. §. 1. *h.* Negatur in *L.* 18. *pr. h.*

Resp. *Illa* de villa urbana vel mixta, *hæc* de ruſtica loquitur.

Qv. III. *An, inſtrumento fundi legato, molae manuariae quoque contineantur?*

Affirmatur in *L.* 26. §. 1. *h.* Negatur in *L.* 18. §. 2. *h.*

Resp. Non eſt inſtrumentum fundi, *l.* 18. ſed ædium, *l.* 26.



LIB. XXXIV. TIT. I.

DE

ALIMENTIS ET CIBARIIS LEGATIS.

Qv. *An, alimentis legatis, etiam contineantur ſumtus ſtudiorum?*

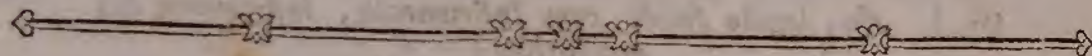
Negatur: nam in legatis non receditur a proprietate verborum, *L.* 69. *pr. de Leg.* 3. ſub educatione paterna tamen continentur, ſi filius ad ſtudia educatur: de quo caſu loquuntur textus *obſtantes.*

Laut. pag. 520. *verb. nec ſumtus &c.*

Obj.

Obj. *L.* 4. *ubi pup. educ. deb. l.* 12. *de Adm. & peric. tut. l.* 6. §. 5. *de Carb. Edict.*

Resp. Non ibi dicitur, quod, legatis alimentis, sumtus studiorum legati intelligantur, sed quod officio tutorum contineantur; quod multo latius est, & quo continetur tota educatio instar paternæ, non sola alitio.



LIB. XXXIV. TIT. III.

DE

LIBERATIONE LEGATA.

Qu. I. *An, liberatione legata, etiam jus in re remissum videatur?*

Laut. pag. 521. verb. *hoc legato.*

Negatur; (1) quia persona dicitur liberari, non res. Idque (2) traditur in *L.* 28. §. 4. *h.* ubi, remissa actione tutelæ, non remissæ intelliguntur actiones reales. Quin (3) in *d. L.* 28. §. 3. nec pecuniæ, ex re pupilli redactæ, & in tutoris rem versæ, remissæ videntur, nisi pater sit. Atque hinc (4) rationibus remissis, tamen instrumenta, & reliquas secundum data & expensa hæredibus reddere debet, *L. fin.* §. 1. *h.* Atque ita (5) Dd. comm. sentiunt. Vid. *Covarr. l.* 2. *res.* 14. *n.* 1. *Laut. h.*

Obj. (1) *L.* 5. *f.* §. 2. *h.*

Resp. Vox *non* in antiquis Codicibus passim deest, vel non est recepta, ut Glossa ait, & Bartolus; atque hinc hi cum Covarr. *d. l.* affirmative legunt. Sane cum idem Scævola iisdem verbis hic loquatur, nec ratio differentiæ dari possit, merito corrigi textus debet.

Obj. (2) potius præsumi debet pro liberatione.

Resp. Si voluntas testatoris dubia est, hic vero dubia non est.

Qu. II. *An, debito creditori legato, requiratur, ut plus sit in legato?*

Laut. pag. 521. verb. *potest etiam &c.*

Affirmatur; quia alias legatum non valet, in quo nulla est utilitas: sufficit autem semel utile fuisse, licet postea utilitas deficiat; quia semel valuit. Nec desinit omnis utilitas, propter actiones legati, quæ semel natæ sunt. *L.* 5. *ad L. Falc.*

Obst. *L.* 82. *pr. de Legat.* 2. ubi non valet legatum.

Resp. Hoc sublatum est §. 41. *I. de Legat.* ubi dissensus ille allegatur. Fallit ergo regula Pauli, si actio semel nata aliquando utilitatem habuit.

LIB.

LIB. XXXIV. TIT. IV.

DE ADIMENDIS VEL TRANSFERENDIS LEGATIS VEL FIDEICOMMISSIS.

Qv. I. *An ademtio legati coram V. testibus fieri debeat?*

Resp. Jure Civili id nullibi dicitur, sed sufficit voluntas adimendi quomodocunque probata; tunc enim obstat exceptio doli ei, qui contra voluntatem adimentis legatum petit, *l.* 4. §. 19. *de Dol. mal. & met. except.* Atque ita statuunt. *Harpr. ad pr. I. de Ademt. leg. Boc. Class.* 3. *D.* 3. *th.* 82. *lit. B. sq. Stryk. Caut. Test. c.* 23. §. 30. *Donell. L.* 2. *c.* 19. *h. Copp.* 1. *O.* 156. *n.* 5. *Dn. Coccej. Hyp. Inst. tit. de Adim. vel transfer. leg.* §. 1. *Dissent. Laut. pag.* 522 verb. *coram V. testibus.*

Obj. Quod quibus ex causis datio legati inutilis est, ex iisdem causis etiam ademtio non sit efficax, *l.* 14. §. 1. *h.* Atqui datio legati est inutilis, si V. testes non sint adhibiti, *L. f. C. de Codicill.* Ergo &c.

Resp. Regula *d. l.* 14. vera est de *causa* legati dati: *causa* enim, quæ inutilis est ad dandum, est etiam inefficax ad adimendum: idque illustratur exemplo ibi adjecto; nam via pro parte legari, indeque nec pro parte adimi potest: at aliud est de *forma & solennitate* legati; etsi enim legatum non nisi coram V. testibus relictum valeat, non tamen requiruntur totidem ad ejus ademtionem. Neque hoc ullibi dicitur, contrarium potius apparet ex *l.* 3. §. *f. h.* ubi legata & fideicommissa nuda voluntate, etiam tacita, ut ob capitale odium, adimi possunt: quod de fideicommissis quoque ita traditur in *l.* 18. *de Leg.* 3. *l.* 27. *de Fideic.* Sufficit ergo probari illam voluntatem; quod duobus testibus quoque fieri potest.

Dissentit *Laut. h.* & cum eo *Carpz. ibi allegatus*, qui V. testes requirunt.

Qv. II. *An per alienationem rei legatae voluntariam ademtum videatur legatum?*

Affirmatur, §. 12. *inst. de Legat. l.* 18. *l.* 24. §. 1. *h.* nam tale hoc est factum, ex quo constat, testatorem suam voluntatem mutasse, nec eam rem legatario relinquere voluisse. *Laut. pag.* 522. verb. *ut alienatio &c.*

AMPL. 1. Idque verum eſt, licet iterum redemerit rem alienatam, *l.* 15. *l.* 27. §. *f. h.* nam cum ſemel prius legatum defecerit, ſine nova voluntatis declaratione non convaleſcit. *Goth. ad d. l.* 15.

OBJ. *L.* 9. §. 16. *l.* 50. *pr. de Haer. inſt.* ubi ſervus, hæres inſtitutus & alienatus, ſi iterum redimitur, ſit hæres.

RESP. Ibi non res relicta ſeu hæreditas eſt alienata, ſed ſervus cui eſt relicta; in hærede autem duo tantum tempora inſpiciuntur, quæ ratio quoque ibi additur.

AMPL. 2. Licet alienatio ipſo jure nulla ſit, *Laut. h. p.* 522. *l.* 24. §. 1. *h.* quia non de effectu, ſed de voluntate teſtatoris quæſtio eſt, quæ ex facto etiam invalido declarari poteſt: *L.* 20. *d. l.* 24. *h.*

NOT. Alienata parte rei legatæ, reliquum debetur, *L.* 8. *pr. de Leg.* 1. quia teſtator tunc tantum pro parte ademit.

QU. III. *An oppignoratione rei legatae adimatur legatum?*

Laut. pag. 522. verb. *non etiam &c.*

NEGATUR; §. 12. *Inſt de Leg. l.* 3. *C. eod.* quia eſt alienatio neceſſaria, ſi ita egeat, ut res ſuas obliget pro debito; quæ non tollit legatum; accedit, quod alienatio hæc non ſit perpetua, ſed ſpes brevi reluendi, *Laut. pag.* 522.

OBJ. *L.* 32. §. 5. *de Don. inter vir. & ux.* ibi: *ſi maritus ea, quae donaverit, pignori dederit, utique eum pœnituiſſe dicemus.*

RESP. Ibi donatio per ſe eſt invalida, & Legibus inviſa, nec valet, niſi ex conjugis voluntate, morte firmata: hæc autem voluntas in donatione per ſe irrita, mutata præſumitur, ſi appignoravit; quamquam hoc ipſum mutatum ſit in *Nov.* 162. *c.* 1. §. 1.

QU. IV. *An fideicommiſſo a legatario relicto, & rurſus ademto, ipſum legatum ademtum videatur?*

Laut. pag 522. verb. *nec fideicommiſſum &c.*

AFFIRM. Hinc qui matri ſuæ prædium legavit, & eam rogavit, ut ſocero reſtitueret, ſi poſtea Codicillis ſocero adimit legatum, etiam matri legatum ademiſſe cenſetur, *L. pen.* §. 1. *h. t.* (quæ male corrigitur). Etenim non dedit legatario, ut ipſe haberet, ſed ut alii reſtitueret, nimirum ſocero; nam matrem inſtrumentum ſaltem fideicommiſſi eſſe voluit: ſed & revocationem potius in favorem ſui hæredis, quam legatarii videtur feciſſe.

OBJ. *L.* 17. *de Leg.* 2. *l.* 60. *eod.* ubi legatum deficiens manet penes eum, cujus fides electa.

Resp. Ibi teſtator non revocavit legatum, ſed ſub conditione legavit, quæ deficit: cum igitur in unum tantum caſum ademit, in alterum reliquit; & hæres ibi oneratur ſub conditione, qua deficiente, non videtur oneratus; Ergo retinuit.

Qv. V. *An, ademto eo, quod rei legatæ neceſſario cohæret, totum legatum ademtum videatur?*

Resp. Omnino ademtum videtur legatum. Atque hinc qui ſub certo modo alicui legat, ſi hunc modum alii committit, ipſam rem priori ademiſſe cenſetur; quia res & commodum ob modum datum videtur, *l.* 30. §. 2. *h.* *Laut. Pag. 523. verb. res legatae?*

Obj. *L.* 1. *h.* ubi actu legato, & itinere ademto, nihil, & ne iter quidem, ademtum, fuit.

Resp. Ratio eſt, quia iter, quod ſervitus eſt, non fuit a teſtatore legatum, ſed actui legato ex interpretatione juris ineſt: quod ergo legatum non eſt, nec adimi poteſt.

Qv. VI. *An teſtator transferre voluiſſe videatur legatum, ſi rem, quam Titio legavit, Sempronio legat?*

Affirm. nam tunc apparet, teſtatorem mutaſſe voluntatem, & ſoli Sempronio rem legatam voluiſſe, *L.* 89. *de Cond. & dem.* Nec in eandem rem conjuncti videri poſſunt; quia non idem fundus duobus legatur. *Laut. pag. 523. verb. ut quod Titio legavi, &c.*

Secus igitur, ſi teſtator dicat: fundum Titio do lego; *eundem* Sempronio lego: tunc enim vox *eundem* conjunctionem notat, quod uterque eandem rem habere debeat: & de tali caſu loquitur *Lex obſtans* 15. *de Haer. inſt.* ubi formula hæc eſt: *ex qua parte Sejum inſtitui, ex N.B. eadem parte Sempronius hæres eſto.*

Obj. *L.* 142. *in fin. de V. S.* ubi ex formula; *Lucius Titius ex parte dimidia hæres eſto, Sejus ex parte, qua Lucium Titium hæredem inſtitui, haeres eſto &c.* conjunctim in eadem parte ſcripti hæredes videntur.

Resp. Ibi Lucio Titio non eſt ablata dimidia hæreditatis, ſed in *eadem* parte alter junctus ei eſt. Aliud dicendum eſſet, ſi teſtator dixiſſet, *dimidiam hæreditatis, quam Lucio Titio legavi, Sejo do lego.*

Qv. VII. *An & qua ratione corporis mutatione, a teſtatore facta, infirmetur legatum?*

Præmittendum hic eſt: per mutationem rei *aliquando* neceſſario exſtingui legatum, quia res interit; *aliquando* vero ſaltem adimi ex præſumta teſta-

ſtatoris voluntate, licet res non intereat. Utrumque aſſeritur in *l.* 6. §. 1. *de Aur. leg.*

Atque hinc dicimus, infirmari legatum (1) ſi ſpecies a teſtatore ita mutata ſit, ut reduci ad priorem materiam non poſſit: tunc enim & exſtincta intelligitur, & facto teſtatoris ademta, *L.* 88. *pr. &* §. 1. *de Legat.* 3. Niſi teſtator expreſſe aliud voluerit, *l.* 44. *§.* 2. *de Leg.* 1. vel tertius ita mutaverit: tunc enim jure ſpecificationis tertio acquiritur, ſed ille pretium reſtituit. *l.* 41. *§. f. de Leg.* 1.

Non vero infirmatur (2) ſi reduci ad priorem materiam poſſit: res enim exſtincta non eſt, *d. l.* 88. *§. f. d. l.* 44. §. 2. *&* 3. adeoque debetur omnino legatum, *d. l.* 88. §. *f.* niſi mutata voluntas appareat, & res prope exſtincta ſit. Idque patet ex *l.* 6. §. 1. *de Aur. leg.* ubi quidem ornamentum novum ſolvi, & rurſus, quale ante fuit, fieri poteſt, ſed id non eſt idem, quod antea fuit, ſed aliud ornamentum: mutata igitur diſſolutione voluntas teſtatoris videtur.

At ſi (3) non tantum res redire ad priſtinum ſtatum poteſt, ſed & reſtitui ante mortem, indiſtincte debetur legatum; nec de voluntatis mutatione quæritur, *l.* 79. §. *p. de Leg.* 3. uti area legata, ſi domo impoſita, deinde iterum area ſit, plene debetur.

Qv. VIII. *An, teſtamento infirmato, etiam infirmentur legata?*

Laut. pag. 513. *verb. Teſtamento vel Codicillis.*

RESP. Si ideo teſtamentum nullum dicitur, quia inſtitutio vitioſa eſt, etiam legata nulla ſunt, ſed ſi ideo teſtamentum infirmatur, quia cauſa non eſt expreſſa, quæ continetur in *Nov.* 115. valent omnino legata, quod plenius explicavi *ſupra tit. de Inoff. teſt. q.* 8.

LIB. XXXIV. TIT. VI.

DE HIS, QUÆ POENÆ CAUSA RELINQUUNTUR.

Qv. *An legata, pœnæ cauſa relicta, valeant, ſi aliquid impoſſibile contineant?*

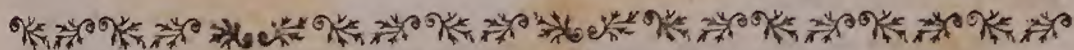
Laut. h. t.

NEGATUR, ſed ſunt ipſo jure nulla. *l.* 1. *h.* §. *fin. Inſt. de Legat. Laut. h. t.* Nam uti conditio impoſſibilis legatario adjecta vitiatur, ita conditio impoſſibilis hæredi adjecta vitiatur & detrahitur.

OBJ.

Obj. §. 10. *de Legat. l.* 104. *de leg.* 1. *l.* 1. 5. *de l. Falc.* ubi conditio impossibilis detrahitur.

Resp. Detrahitur conditio impossibilis hæredi, ne legatum debeat, non autem legatario, utpote cui injuncta non est.



LIB. XXXV. TIT I.

DE

CONDITIONIBUS ET DEMONSTRATIONIBUS.

Qv. I. *An conditio impossibilis vitiet legatum?*

Negatur: *Laut. h.* Secus in pactis. Rationem differentiæ dedi, *tit. de Pact. q.* 44.

Laut pag. 526. *verb. impossibilis &c.*

Qv. II. *Quae sit ratio introductae cautionis Mutianae?*

Resp. Legantur alicui mille, si Cajum non amplius convenerit: hæc conditio non potest existere, nisi post mortem legatarii: tunc enim demum certum fit, eum non ulterius conventurum Cajum. *l.* 101. §. *pen. L.* 106. *h.* Ne igitur legatum hoc prorsus inutile sit legatario, (quia ei non nisi post mortem solvi deberet), cavet, se conditionem impleturum, quæ cautio ex æquitate admittitur, quia per eum non stat, sed ipse paratus est non facere. *Laut. h. t.*

Laut. pag. 526. *verb. cautio Mutiana &c.*

Exc. (1) Si vivo legatario impleri potest, uti morte tertii, *dd. Ll.* modo conditionem illam exspectare, nec periculosum, nec ominosum, nec contra humanitatem sit. Hinc cautio Mutiana locum habet, quando testator liberto suo 100. legat sub conditione: si a liberis non discesserit: periculosum enim est legatum; quia maturare mortem liberorum posset, *L.* 72. §. 1. *h.* & triste testatori, quia impleri non potest, nisi morte liberorum, *d.* §. 1. *d. L.* 72. *pr.* vel (2) si contra humanitatem est, ut *si servum non manumiserit*, *l.* 67. *h.* vel *non alienaverit servum*, *L* 4. §. 1. *de Cond. inst.* quia ea interpretatio excludit spem libertatis, & perinde est, ac si dicatur, *si servus morietur*, *aut maneat*: Non autem fas est tales casus exspectare. *L.* 83. §. 5. *vers. homo liber &c. de Verb. obl. L.* 34. §. 2. *ff. de Contr. emt.*

Qv. III. *An valeat Titio legatum, si haeres voluerit?*

NEGATUR: Nam in *haeredis* arbitrium, an debeantur legata, conferri non potest. *L.* 46. §. 4. *de Fideic. lib. l.* 43. §. 2. *de Leg.* 1. *L.* 75. *pr. de Leg.* 1. Nihil enim ex nutu hæredis valere potest. *L.* 46. *pr. &* §. 3. *de Fideic. libert.*

EXCEPTIO est, & in hæredis quoque arbitrium substantia obligationis conferri potest, si aliqua ejus obligatio vel in quemcunque casum sit, *L.* 7. §. 1. *de Reb. dub.* uti si arbitrium boni viri significetur, *L.* 3. *de Leg.* 2. *L.* 41. §. 4. *L.* 46. §. 2. *de Fid. lib. L.* 11. §. 7. *de Leg.* 3. *arg. L.* 30. *de Oper. lib. L.* 75. *de Leg.* 1. & hoc quoque fit in *d. L.* 46. §. 2. *pr.* ex verbis *fidei tuae committo.* item, si tibi probentur, *d. L.* 41. §. 1. si tibi videbitur, *d. L.* 46. §. 3. si voluntatem meam probaveris, *ibid.* si dignum putaveris. *ibid.* At in arbitrium tertii conferri potest, eoque valet legatum Cajo relictum, si M. arbitratus fuerit, *L.* 43. §. *p. de Leg.* 1. *l.* 1. *pr. de Leg.* 2. *l.* 46. §. 2. *de Fideic. lib.* quia vera est conditio, cujus eventus incertus est, an sit exstiturus. *d. L.* 46. *d. L.* 1. *pr.*

Sed valde OBSTAT *L.* 52. *h.* ubi expresse dicitur, quod non valeat legatum in alienam voluntatem collatum.

RESP. Non valet, si simpliciter & expresse in alienam voluntatem conferatur, v. g. Titio 100. lego, si M. voluerit. Secus si sub facto quodam comprehendatur, uti si Titio 100. legentur, *si Mevius Capitolium ascenderit:* nam non hic tam voluntatis tertii, quam facti, rationem habuisse testator censetur, & causam ita statuendi habuisse credendum est. Diversa ergo hic ratio subest, licet in effectu eadem sit conditio: *nam nonnunquam contigit, ut quaedam nominatim expressa officiant, quamvis omissa tacite intelligi potuissent, nec essent obfutura.* Et hoc est, quod in *L.* 1. *pr. de Leg.* 2. dicitur: legatum conferri in alterius arbitrium posse, veluti conditio: adeoque valet tale legatum, si præter arbitrium tertii conditio adjecta sit: etsi alias revera nihil intersit, *si Titius Capitolium ascenderit,* mihi legetur, an, *si voluerit.*

Qv. IV. *Si haeres quis scriptus sub conditione non faciendi, isque cohaeredem non habeat, cui cavendum?*

Laut. pag. 526. *verb. vid. Bach.*

RESP. Nemini cavere potest, adeoque tunc conditio pro impossibili habetur, indeque detrahitur, *l.* 7. §. 1. *h. l.* 4. §. 1. *de Cond. inst. l.* 7. §. *f. h.*

OBJ. *L.* 18. *h.* ubi in genere dicitur, caveri debere ei, ad quem res, pendente conditione, pertinet, ergo hæredi ab intestato.

RESP.

Resp. Imo quando conſtat, rem ex teſtamento certo ad aliquem perventuram eſſe, non caveri poteſt hæredibus ab inteſtato; quia neſcitur, ad quos hæreditas ab inteſtato perventura ſit, utpote cum neſciatur, quis eo tempore, quo deficit teſtamentarius, hæres proximus futurus ſit, adeoque neſcitur, cui ex cautione acquiri debeat.

Diſſentit *Bach. V. 2. D. 13. th. 6.*

Qu. V. *An legatum, ſub modo relictum, ſtatim peti poſſit?*

Affirmatur: Quia purum eſt, nec oratione teſtatoris ſuſpenditur in futurum eventum. Atque hine non ceſſat legatum, etſi præmoriatur legatarius. *Laut. pag.* 527. verb. *legatum modale.*

Obj. *L. 1. C. de His, quae ſub mod.* ubi modus æquivalet conditioni.

Resp. Æquivalet quoad neceſſitatem implendi; at eſſentia differt, quæ in eo eſt, quod conditio ſuſpendat.

Diſſentit *Carpz. alleg. loc.*

LIB. XXXV. TIT. II.

AD LEGEM FALCIDIAM.

Qu. I. *Quaenam ſit ratio Legis Falcidiae?*

Resp. (1) Favor teſtatoris, ne ultima ejus voluntas pereat, quod fieret neceſſario, niſi commodum aliquod hæres habiturus eſſet: hæres enim non ſuſcepturus eſt onus hæreditatis, nullo vel modico lucro juncto, *pr. Inſt. h.* ibi: *ipſorum teſtatorum gratia.* (2) Hæredum, *L. 71. h.* quia iniquum eſſet, ſi onus ſuſcipere deberent ſine lucro congruo, hinc omni hæredi, etſi non gravato, (adeoque etſi nullum periculum ſit ultimæ voluntatis,) hoc beneficium Legis Falcidiæ competit, *l. 47. §. 1. h. l.* L. §. 3. *in f. Si cui plus &c. Laut. p.* 528. *pr.* ubi diſſentit *Carpz. P. 3. C. 1. d. 12.*

Obj. Quod dicatur inducta contra voluntatem teſtatoris, *L. 86. in f. h.*

Resp. Omnino intelligitur teſtator per errorem legaſſe, & plus ſperaſſe in bonis, quam eſt, *L. 10. Qui & a quib.* eoque eſt erronea voluntas.

Qu. II. *An is, cui per jus accreſcendi vel per ſubſtitutionem acquiritur portio cohæredis, adhuc deducere Falcidiam poſſit?*

Caſus hic eſto: Teſtator duos hæredes facit A. & B. & multa legata dat: hæres A. deficit, hæres B. adiit ex jure accreſcendi totam hære- *Laut. pag.* 527. *verb. & cujus portioni &c.*

dita-

ditatem, & quæritur: an, ſi jam totius hæreditatis ſemiſſem ex utraque portione habet, adhuc detrahere Falcidiam poſſit?

Resp. Poteſt, ſi ipſe B. non ſit gravatus legatis; ſed hæredis A. pars exhauſta accrevit integre, hujus nomine quartam adhuc detrahere, ex regula, quod cuique hæredum Falcidia detur, ſ. 1. *in f. h. t.* Cum igitur illa hæredi A. gravato competiiſſet, tranſit cum portione deficiente gravata ad hæredem B. eique accreſcit cum ſuo beneficio, etſi ille ſemiſſem ſuum integrum habuerit, *l.* 1. §. 14. (ubi NB. Antonini Imperatoris ſententia rejecta eſt,) *L.* 78. *in fin. Ad L. Falc. arg. L.* 87. §. 4. verb. *non ſuo nomine. h. t.* modo legata nominatim ab altero ſolo, non etiam a B. relicta ſint, *l.* 1. §. 13. *L.* 78. *h.* (1) quia ratio ceſſat: non enim ſemiſſis B. relictus imputari poteſt in quartam; quia B. non eſt oneratus, & ipſe ſuo nomine quartam non habet, adeoque nec in eam imputari poteſt: (2) quia cum B. plane oneratus non ſit, onus accreſcens præſtat unice nomine hæredis, qui oneratus eſt, adeoque ex ejus perſona beneficium Falcidiæ quoque ei competit, per *l.* 87. §. 4. voce: *ſuo nomine. h. L.* 177. *pr. de Reg. Jur.* (3) quia hoc beneficium portioni oneratæ cohæret, & adeo cum ea acquiritur. *L.* 10. *de R. J.* (4) Alias per jus accreſcendi deterior fieret conditio B. ſi ultra cohæres oneratus, quam honoratus eſt: v. gr. 1000. ſunt in bonis, duo hæredes ex æquo, A. & B. ab A. legata ſunt 600. a B. nihil, ſi jam A. deficeret, tunc B. cui accreſcunt tantum 500. deberet ſolvere 600. legati nomine, adeoque 100. de ſuo, quod & contra voluntatem teſtatoris eſt, qui eum oneratum noluit, & contra *L.* 7. *C. de Leg.* quia jus accreſcendi commodum hæredis eſt, quod non debet in ejus detrimentum verti.

Secus eſt (1) ſi non hæres A. qui defecit, ſed hæres B. qui adiit, gravatus fuit, & ſic portio integra defecit, & exhauſtæ accrevit; tunc enim ſufficit, ſi B. quartam totius hæreditatis ſalvam habet, *L.* 78. *h.* quia ipſi quidem competiit ſuo nomine quarta, ſed in hanc imputatur, quicquid jure hæreditario capit, quale etiam eſt portio cohæredis, quam jure accreſcendi ut hæres capit. *L.* 91. *ff. h.*

Secus (2) ſi non hæres A. qui defecit, nominatim ſit gravatus, ſed legata a B. quoque relicta ſint, uti per formulam: *quisquis mihi haeres fuerit, damnas eſto*, *l.* 1. §. 13. *h.* ſi ſimpliciter teſtator ait: *do lego*, quo caſu omnes pro rata gravati ſunt, & omnes adeo unam tantum Falcidiam detrahunt: non enim poteſt dici, ſolius A portioni cohærere onus cum ſuo beneficio, quia teſtator & B. oneratum voluit: indeque hic nihil contrarium neque legibus, neque teſtatoris voluntati fit.

Obj.

Obj. (1) *l.* 1. §. 13. *in f. h.* ubi ſimpliciter omiſſa portione Falcidia locum habet.

Resp. Loquitur de caſu, quo portio miſſa exhauſta eſt, & accedit integræ; nam ſolo hoc caſu quæri poteſt, an augenda legata: ſi enim Falcidia, quæ competebat, (quia gravatus,) ceſſaret per jus accreſcendi, integra manerent legata, & ſic augerentur; at ſi integra portio accreſcit exhauſtæ, quæri non poteſt de augendis legatis, ſed tantum de non minuendis.

Obj. (2) *d. l.* 1. §. 14. ubi dicitur confundi portiones, ergo non deducitur Falcidia, etſi exhauſta integræ accreſcat.

Resp. Hæc ſententia Caſſii & Antonini rejicitur a Juſtiniano, qui probat ſententiam Proculi & Juliani, quod vel exinde apparet, quia retulit Legem Ulpiani, qui cum his ſentit, in Pandectas, & ſic eam pro lege habet.

Secus (3) ſi hæres B. ſubſtitutus eſt hæredi A. qui defecit; quo caſu, etſi portio acquiſita exhauſta fuerit, confuſis legatis ſemper una Falcidia ſufficit, *l.* 1. §. 13. *pr. h. l.* 87. §. 4. verb. *ſolida legata. h. junct. l.* 34. §. *f. de Vulg. & pupill. ſubſt.* quia ab inſtituto relicta ſemper intelliguntur etiam nominatim a ſubſtituto relicta. *l.* 61. §. 1. *de Leg.* 2. *L.* 74. *de Leg.* 1. *l.* 11. §. *f. h.*

Nec intereſt, etſi B. pupillariter ſubſtitutus ſit hæredi A ſi hic filius teſtatoris impubes & ex aſſe ſcriptus ſit, nam adhuc ex utroque teſtamento patris & filii, quod hactenus unum, una tantum Falcidia detrahitur, & idem eſt, ac ſi omnia a ſubſtituto quoque relicta eſſent. *l.* 11. §. 5. *h. l.* 87. §. 4. *pr. h.*

Quodſi tamen A. hæres extitit patri, eoque ſubſtitutio vulgaris defecit, ſed intra pubertatem filio mortuo B. ex pupillari ſuccedit, hic legata pupilli debet hujus nomine; quia ſubſtitutus B. non ſuccedit, niſi ut hæres filii A. indeque legata debentur, ut æs alienum, *l.* 11. §. 5. *h.* quod ante Falcidiam detrahitur. §. *f. h.* Quin, ſi pupillus exhauſtus ſit legatis, ſubſtitutus autem & ipſe gravatus ſit, hic patris legata de ſua portione ſolvet; quia pupillus ſemel debuit: & ſic æs alienum ſunt, *d. l.* 11. §. 5. ſi vero nec pupilli bona ſufficiunt, ſubſtitutus non potuit in plus onerari, quam fuit honoratus. *l.* 1. §. 17. *Ad. SCt. Treb.*

Qv. III. *An legatarius quoque oneratus detrahat Falcidiam?*

Laut. pag. 527. verb. *non etiam legat.*

NEGATUR, *L.* 71. *h. arg. l.* 1. §. 3. *Si cui plus &c.* nam & periculum testamenti cessat, quod legato deficiente, non tollitur, & onus quoque, utpote quod hæres fert, non legatarius, qui merum lucrum habet. *arg. d.* §. 3.

Attamen legatarius, quod sibi detractum est, pro rata ex æquitate imputare potest ei, cui ipse partem restituere rogatus est: adeoque ex persona hæredis detrahentis id imputare potest, nisi id prohibuerit testator. *l.* 32. §. 4. *h. L.* 5. *Si cui plus.* Secus ergo, si non rei legatæ partem, sed aliam rem suam rogatus est restituere, *L.* 25. §. 1. *h.* nam de hac non potest hæres, qui eam non præstat, adeoque nec ex persona hæredis legatarius, Falcidiam detrahere vel imputare. Conf. *l.* 1. §. 20. *ad SCt. Treb.*

Qv. IV. *An fideicommissarius universalis detrahat Falcidiam?*

Laut. pag. 527. verb. *licet sit universalis &c.*

NEGATUR: Quia solus hæres detrahit, & licet restituat, tamen semel hæres semper manet hæres. *d. l.* 1. §. 19. *l.* 47. §. 1. *h.*

Exc. (1) Si hæres ultro, non jussus, omittat favore fideicommissarii, tunc hic, si iterum rogatus est restituere, ex donatione hæredis detrahit, qui est sensus *d. l.* 1. §. 19. adeoque §. 19. *in pr.* agit de jussu, *in fin.* de liberalitate.

Exc. (2) Si coactus adiit hæres, *l.* 63. §. 11. *eod.* tunc enim fideicommissarius, qui rogatus est restituere, detrahit Falcidiam, quatenus hæres poterat, cujus jus omne tum in eum transit; quia coactus hæres ex SC. Pegasiano nec lucrum, nec commodum habet.

Qv. V. *An a capionibus mortis causa Falcidia detrahatur?*

Dissent. Laut. pag. 528. verb. *nec a capionibus &c.*

AFFIRMATUR: Quia quadrans hæredi salvus non esset, uti esse debet, *L.* 91. *pr. h.* & alias in fraudem legis tota Falcidia inverti posset: idque diserte ita traditur in *L. p. C. h.*

Obj. *l.* 1. §. 8. *h.* ubi dicitur, non imputari in quartam.

Resp. Alia quæstio est, an mortis causa capio, & quod hæres ex ea capit, ipsi imputetur in quartam; alia, an hæres, si ipse ex ea solvere debet, inde detrahere quartam possit? *Prior* Negatur, & hæres, ea oneratus, non imputat in quartam; quia non habet eam capionem ex dispositione defun-

functi, nedum ex titulo hæreditatis. *l.* 1. §. 8. *h.* *Posterior* AFFIRMATUR, ut ea oneratus quartam inde deducat, *d. L. p.* quia quadrans hæredi salvus esse debet. *L.* 91. *pr. h.*

QV. VI. *An quarta Falcidia intelligatur, deducto aere alieno?*

AFFIRMATUR: Et non computari potest Falcidia, nisi detrahatur omne æs alienum. §. *f. h. L.* 8. §. 9. *de Inoff. test.* *Laut. pag.* 528 *verb. deducto ære alieno.*

OBJ. *L.* 19. *ff. ad SCt. Treb.*

RESP. Agit textus de sumtibus, quos hæres fecit in rebus hæreditariis, quæ hæredis sunt, servandis, eosque non deducit; quia in suam rem impendit, secus, si impendit in res hæreditarias quidem, sed quas restituere debet. *L.* 22. §. 3. *Ad SCt. Treb.* Adeoque non deducit, quod sui tantum, sed id, quod alterius causa impensum.

QV. VII. *An id, quod hæres debet defuncto, detrahatur tanquam æs alienum ab hæreditate?*

NEGATUR: Duos casus hic autor conjungit, qui revera diversi sunt: nam (1) si *hæredi* quid *ex hæreditate debetur*, id ille non imputat quartæ, sed deducit & ultra quartam capit: nam etsi confusum sit debitum & exstinctum, nec petere hæres possit, verum tamen est, quod eo minorem consequatur hæreditatem, cum ea contineatur etiam hoc æs, quod ante jam suum, non vero defuncti fuit. *L.* 6. *pr. C. h.* Aliud vero est (2) si *hæres debet hæreditati*: etsi enim ab ipso id peti non possit, confuso quippe debito, hæreditas tamen revera major est; quia hoc hæreditati fuit debitum, adeoque non æs illius, sed hæreditatis est: hoc igitur est, quod sub hæreditate continetur, hæredi in quartam suam imputatur, *L.* 1. §. 18. *h.* quia revera accepit a defuncto. *Dissent. Laut. pag.* 528. *verb. & contra.*

Dissentit *Laut. p.* 528.

QV. VIII. *Quid in Quartam Falcidiam imputetur?*

RESP. Quicquid (1) *jure hæreditario* hæres capit, *L.* 74. *L.* 76. §. *f. L.* 91. *L.* 1. §. 17. *h.* quod proprium est huic Quartæ, quæ excludit quicquid titulo singulari capitur; (1) quia per eam relinquitur quarta hæreditatis, adeoque quæ juris sunt hæreditarii; (2) ex natura legatorum, quæ tantum præstantur ex hæreditatibus, non ex legatis, & de solis legatis textus *Laut. pag.* 528. *verb. quod hæres habet &c.*

tus loquitur; (3) alias fieri posset, ut nemo cum effectu hæres esset, nec legatarii, utpote qui singulari saltem jure succedunt, nec hæres, si omnia & tota quarta ipsi titulo singulari relicta esset: quia tum ipse quoque instar legatarii esset, nec æs alienum solveret. *arg.* §. 9. *de Fideic. hær.* Modo (2) *ex judicio defuncti* capiat, *L.* 24. *h.* quia, si non ex judicio defuncti capit, quarta hæreditatis non est penes eum, sed ex alia causa, v. g. ex mora petentis vel stupiditate actoris, vel tanquam prælegata, vel vi conditionis impletæ &c. In Quarta Trebellianica aliud est: ibi enim imputatur, quicquid judicio defuncti *quovis titulo* relictum est, *L.* 91. *ad L. Falc.* de qua differentia plenius in *tit. ad CSt. Trebell.*

Qv. XI. *An cessat Falcidia, si appareat testatorem detractionem prohibuisse, licet non expressis verbis?*

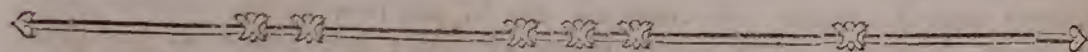
Dissent. Laut. pag. 528. verb. *non etiam sufficit &c.*

AFFIRMATUR, Sufficit apparere voluntatem testatoris volentis præstari legatum, etsi bona non sufficiant: quæ voluntas æque ex verbis, ac ex factis apparet, *L.* 31. §. 1. *d. Ll.* voluit enim Justinianus saltem excludere errorem, si putat bona sufficere. Idque fatetur ipse Autor, dum cessare ait Falcidiam, si prohibeat alienari rem legatam. *Nov.* 119. *c.* 11.

OBJ. *N.* 1. *c.* 2. §. 2. ibi: *Si vero expressim designaverit, non velle hæredem retinere Falcidiam.*

RESP. Non excluduntur hic alii modi, ex quibus voluntas testaris apparet.

Conf. *Hottom. Cons.* 1. *Goth. ad d. §.* 2. *Fach. L.* 5. *c.* 13.



LIB. XXXVI. TIT. I.

AD SCT. TREBELLIANUM.

Qv. I. *An universalis fideicommissarius habeat rei vindicationem vel hypothecariam?*

Laut. pag. 5?6. verb. *Non rei vindicatione.*

NEGATUR: Quia est instar hæredis: nam petit hæreditatem, non rem singularem, quæ sola his actionibus vindicatur.

OBJ. *L.* 2. *Comm. de Leg.* ubi legata fideicommissis comparantur in omnibus.

RESP. Agit de fideicommisso singulari.

Qv. I.

Qu. II. *Quidnam imputetur in Quartam Trebellianicam?*

RESP. Quicquid judicio defuncti quovis titulo relictum est. *L. 91. Ad L. Falc.*

Atque hinc apparet differentia inter Falcidiam & Trebellianicam: nam in *Falcidiam* tantum imputantur, quæ jure hæreditario capiuntur, *tit. ad L. Falc. q.* 1. at in *hanc*, quicquid judicio defuncti quovis titulo relictum. *d. L.* 91. Atque hinc (α) *prior* ut hæres deducit, *alter* magis instar legatarii. Sed & (β) alias in Lege *Falcidia* fieri posset, ut nemo cum effectu hæres esset, v. g. si omnia hæredi titulo singulari relicta essent, quod secus est in *Trebellianica*, ubi semper cum effectu hæres est, qui accipit, etsi enim totam hæreditatem restituat, tamen manet hæres. §. 3. *Inst. h.*

NOT. Hæres in Falcidiam, quæ a cohærede capit, legata non imputat, *d. L.* 91. quia quartam ex sua portione quisque hæres habere debet. Conf. *Goth. ad d. L.* 91.

Qu. III. *An quarta Falcidia extensa sit ad fideicommissa universalia?*

RESP. Curate loquendo Trebellianica est nova quarta, ad exemplum Falcidiæ introducta. Vid. *Vinn. d.* §. 5. Unde minus recte dicitur, procedere argumentum a Falcidia ad Trebellianicam, sed ex paritate rationis tantum infertur. Differentias autem quæstione seq. examinabimus. *Laut. pag.* 530. *verb. nam his SCtis &c.*

Qu. IV. *Quomodo different Falcidia & Trebellianica?*

RESP. Per *Falcidiam* (1) deducitur quarta ex legatis, *L.* 1. *pr. tot. tit. passim ad L. Falc.* quod rationis similitudine extensum est ad fideicommissa singularia, testamento, §. 5. *Inst. de Fideic. hær. L.* 2. *C. Ad L. Falc.* & ab intestato relicta, *L.* 18. *ff. eod.* ad donationes mortis causa, *L.* 5. *L. p. C. eod. L.* 2. *de Mort. caus. don.* & ad eas, quæ morte demum confirmantur, *L.* 12. *C. ad L. Falc.* per *Trebellianicam* autem detrahitur quarta ex fideicommissis universalibus: §. 7. *Inst. de Fideic. haer.* (2) Utraque quarta in eo convenit, quod non nisi hæres eam detrahat: at si pars legati per fideicommissum restituenda erat, *illam* pro rata legatarius & fideicommissarius præstant, *l.* 32. §. 4. *ff. h. t. l.* 1. §. 3. *L.* 5. *ff. Si cui plus. hanc* solus primus fideicommissarius, *l.* 1. §. 19. *ff. Ad SC. Treb.* (3) In *illam* tantum imputantur, quæ jure hæreditario hæres capit, *l.* 1. §. 7. *L.* 74. *L.* 91. *ff. Ad Leg. Falc.* in *hanc*, quæ non modo jure hæreditario, sed & titulo singu- *Laut. ibid. verb. quod fit.*

ſingulari legati, præceptionis, retentionis &c. relinquuntur, *d. L.* 91. *vers. Sed in fid.* (4) In *illam* ex æquitate compenſationis ſaltem imputantur, quæ vice mutata a cohærede capit: ſi enim hæres ex legato, quod cohæredi debet, detrahere quartam velit, repellitur exceptione doli, cum quod a cohærede ipſi legatum eſt, quartam æquet, unde extraneis legatariis id non proficit, *L.* 22. *pr. ff. Ad L. Falc. L.* 78. *in pr. ff. de Hær. inſt.* at in *Trebellianicam* ſimpliciter imputantur legata vice mutua, ita a cohærede debita, nec modo cohæredi, ſed & fideicommiſſariis proficiunt, ne amplius quid iis detrahi poſſit. *L.* 24. *C. Fam. erc.* (5) In neutram quartam imputantur mortis cauſa capiones, at ea eſt diverſitas, quod in *illam* ex conſtitutione Hadriani imputetur, ſi ſine figura conditionis hæres accepta certa pecunia reſtituere hæreditatem Mevio rogatus ſit *l.* 30. §. 7. *l.* 91. *l.* 93. *ff. Ad L. Falc.* in *hanc* imputatur id quoque, etſi non ſit manſura pecunia illa penes hæredem, quin, etſi non pecunia, ſed alia re accepta reſtituere rogatus fuerit, ſi modo nullam perſonam, quæ hæredi dare debeat, demonſtraverit. *d. L.* 93. *verſ. plane.* (6) In utramque computantur fructus medio tempore ex judicio ac bonis defuncti percepti, at fructus rerum legatarum etiam ultra *Falcidiam* ante aditionem ac moram percepti, non ſunt reſtituendi legatariis. *L. f. & tot. tit. C. de Uſur. & fruct. legat. L.* 3. *pr. L.* 34. *ff. de Uſur.* In hæreditate vero reſtituenda fructus ante aditionem ultra *Trebelliani* modum percepti, licet mora nulla facta ſit, in reſtitutionem veniunt, quia hæreditatem augent. *l.* 27. §. 1. *ff. ad SCt. Treb.* (7) In *illa* computanda deducitur ante omnia æs alienum, pretia ſervorum manumiſſorum. §. *f. Inſt. de Leg. Falc. l.* 8. §. 9. *ff. de Inoff. teſt. l.* 39. *ff. l.* 6. *C. h.* In *hac* æs alienum pro rata tranſit in fideicommiſſarium, §. 7. *Inſt. de fideic. hær.* ſi vero certis rebus deductis, aut præceptis, reſtituere hæreditatem rogatus ſit, vel totam reſtituat, nullum onus hæreditarium apud eum remanet, ſed ad fideicommiſſarium nullo ære alieno deducto devolvitur. §. 7. §. 9. *Inſt. eod.* (8) Hæres per *Falcidiam* non cogitur adire & fideicommiſſa particularia reſtituere, §. 3. *verſ. nec ea res &c. Inſt. de L. Falc.* at ex *Trebelliano* cogitur. *d.* §. 7. (9) *Illam* perdit hæres, qui non confecto inventario hæreditatem adiit, ſecus in *hac.* (10) Filius legatis oneratus *Falcidiam* & legitimam ſimul non deducit Jure Canonico, ſecus in *Trebellianica. C. Raynutius X. de Teſtam.*

Omnes has differentias, quas per indicem ſaltem hic retuli, latius explicavit *Dn. Par. in Diſp. de Differentiis Falc. & Trebell.*

Laut. Pag. 530. *verb. Non etiam fideic.*

QV. V. *An fideicommiſſarii deducant hanc quartam?*

NEGATUR: Quia nec ſuo nomine detrahere poſſunt, nec hæredis: non ſuo nomine, quia a ſe ipſo detraherent; nec nomine hæredis, qui jam ipſe detraxit.

Idque

Idque verum eſt, etſi coactus fiduciarius adierit, nec quartam detraxerit; quia ex perſona hæredis legata præſtantur, a quo ſolo legata relinqui poſſunt; adeoque tunc non ſuo, ſed ejus nomine detrahit. *d. L.* 55. *§.* 2. *L.* 63. §. 11. *h.*

Hinc non Obst. *d. l.* 63. §. 11. nam ibi detrahitur Falcidia legatis, non vero Trebellianica fideicommiſſis univerſalibus.

Qv. VI. *Cur liberi Jure Civili ſimul cum legitima non deducant Trebellianicam?*

Rationem affert *Laut. h.* quia in hanc omnia imputantur, quæ ex quocunque titulo pervenerunt: ſed ea non ſufficit: quia ratio diverſitatis in eo tamen eſt, quod in Trebellianicam non imputentur, niſi judicio defuncti relicta, legitima vero debetur poteſtate legis: vera igitur ratio eſt, quia tendunt ad idem. Atque hinc eſt, quod Falcidia & Trebellianica ſimul deduci poſſint, *l.* 1. §. 17. *l.* 3. §. 2. *h.* quia detractio de aliis & aliis fit, & ſic plene diverſa ſunt: Legitima vero neque cum Falcidia, neque cum Trebellianica concurrit; quia omnia hæc beneficia de iisdem rebus ſunt; & ad idem tendunt, ſcil. ne plus juſto graventur in hæreditate ſive per legata, ſive per fideicommiſſa, ſive per inſtitutiones aliorum; omnia igitur comprehenduntur ſub legitima *Nov.* 18. *c.* 1. *in fin.* ubi, legitima relicta, pater pro lubitu reliquum aliis relinquit.

Laut. pag. 530. verb. *nam in hanc &c.*

Qv. VII. *An omiſſio inventarii hæreditarii excludat Trebellianicam?*

Affirmatur: *Laut. h.* ſed rectius Negatur. Vid. *ſupr. tit. de Jur. delib. q.* 5.

Diſſentit Laut. pag. 531. verb. *omiſſio invent.*

LIB. XXXVI. TIT. II.

QUANDO DIES LEGATORUM VEL FIDEICOMMISSORUM CEDAT.

Qv. I. *Quando dicatur dies cedere, quando venire?*

Resp. *Cedere* dicitur dies fere, quo ſenſu cedere portio, regnum, res, jura, alicui dicitur, i. e. obtingere, ut incipiat acquiri: ſic enim dies legati

legati in diem istum collatum ipsi cedit, cum deberi, & jus quæsitum esse incipit, hoc tibi cedit, i. e. hoc ad te pertinere incipit. *Venire* dies proprie dicitur, si tempus venit, quod adjectum est, ut in illud peti possit.

Cedere hic dies intelligitur ad unicum effectum, ut transeat ad hæredes, etsi dies non *venerit.* *L.* 5. *pr. ff. L.* 3. *C. h.*

Qu. II. *An dies incertus quando, faciat legatum conditionale?*

Vid. *supr. tit. de Cond. inst. q.* 3. ubi distinximus, an dies incertus, quando sit exstiturus, ipsi honorato, an tertio adjectus sit; *illo* casu legatum non est conditionale; quia præmori nequit, cum punctum mortis vitæ tribuatur: *hoc* casu, quando nimirum alicui legatur *post mortem hæredis, vel tertii*, legatum est conditionale; quia præmori potest, indeque testator incertum hunc diem non videtur adjecisse, ut petitionem tantum differret in mortem tertii vel hæredis, sed ne debeatur legatum, nisi mors illa exstiterit, idque ex præsumta voluntate testatoris, qui magis suo, quam legatarii hæredi prospicere voluisse videtur, *arg. L.* 46. *in fin. ad SCt. Treb. L.* 40. §. 2. *de Cond. & dem.* ubi ea ratio manifesta. Unde voluntas testatoris hic dicitur regere conditiones *L.* 19. *pr. &* §. 1. *L.* 101. *de Cond. & dem.*

Aliud ergo est (1) si appareat, quod testator tantum differre voluerit petitionem, ut in *L.* 46. *ad SCt. Treb. & L.* 5. *C. h.* ubi apparet, voluisse differre in maturiorem pupilli ætatem. Secus quoque est (2) si post ipsius legatarii mortem ipsi relictum, id enim deficere non potest; quia in momento, quo moritur, deberi incipit. *L.* 4. §. 1. *h.*

Qu. III. *An, si legatum purum est, ac præstatio in tempus differtur, dies statim cedat?*

Laut. pag. 531. *verb. sæpe legatum.*

Affirmatur. Vid. *textum apud Laut. h. & L. p. C. h. t.*

Obj. *L.* 40. §. 2. *ff. de Cond. & dem.* ubi legatum, *cum mater moritur*, pro conditione est.

Resp. In legatis est conditio, *cum tertius morietur;* quia legatarius præmori & sic deficere potest. Vid. *qu. præced.*

LIB.



LIB. XXXVI. TIT. III.

UT LEGATORUM SEU FIDEI-COMMISSORUM CAUSA CAVEATUR.

Qv. *An cautio haec praestetur etiam post litem contestatam?*

Neg. Adeoque si honoratus legatum petit, & litem contestetur, non petita cautione, postea petere nequit; si tamen reus victus appellaverit, adeoque nova mora sit, debet omnino cavere ex Lege Antonini. Quod enim ante sententiam, si petitionis dies moraretur, fieri debuit, amitti post victoriam dilata petitione non oportuit. *L.* 5. §. 1. *h.*

Obj. Quod sufficere videatur, ante sententiam fieri. *d. L.* 5. §. 1.

Resp. Non id dicitur, sed ita infertur, cum ante sententiam fieri debuerit, scil. tempore litis contestatæ, multo magis post eam.

✠✠✠

LIB. XXXVI. TIT. IV.

UT IN POSSESSIONE LEGATORUM VEL FIDEICOMMISSORUM SERVANDORUM CAUSA ESSE LICEAT.

Qv. I. *An legatarius, si oneratus cavere nolit, post* Novellam 53. *in possessionem omnium rerum haereditariarum mittatur?*

Affirm. Neque enim id mutatum est in *N.* 53. *cap.* 4. §. 1. utpote ubi solum de executione agitur, quæ pro rata fit, non de missione securitatis causa. Praxi tamen hodierna contrarium obtinet. *Dissent. Laut. pag.* 533. verb. *quod tamen.*

Qv. II. *An hodie supervacanea sit haec missio?*

Videtur affirmandum; quia hodie honorati habent tacitam hypothecam. Verius autem est, hodieque utilem illam esse; nam (1) hic cavetur, dolum malum ab fore, *l.* 1. *pr. h.* qua ad interesse agitur. (2) Cogitur cavere fidejussoribus vel transferre saltem in eum pignora, nec sufficit nuda obligatio pignorum, *arg. l.* 7. *f. Ut leg.* in eo autem plus cautionis. (3) Missio hæc quoque fit in bona hæredis ex constitutione Antonini. *Dissent. Laut. pag.* 533. verb. *inde haec &c.*

LIB. XXXVII. TIT. I.

DE BONORUM POSSESSIONE.

Qv. I. *Quaenam ſit ratio introductae bonorum poſſeſſionis?*

Resp. Prætor ex rationibus naturæ & conſilio prudentum extendere voluit jus 12. Tabb. quod nimis ſtrictum fuit, & (1) excluſit eos, quibus natura ſucceſſio debetur. (2) Præpoſuit liberis & aſcendentibus agnatos; & (3) ulteriores proximioribus. Cum ergo Prætor directo non potuit Jus Civile mutare, per modum interpretationis utiles ex æquitate & dicto conſilio actiones dedit; neque hæreditatem, vel hæredes, ſed bonorum poſſeſſores, quod nomen facti eſt, dixit.

Qv. II. *An pupillo noceat ſcientia tutoris?*

Laut. pag. 533. verb. *pupillo nocet &c.*

Resp. Nocet ratione præſentis actionis a tutore inſtitutæ; at pubes factus ipſe reſtitui poteſt, vel tutorem convenire. *L.* 1. *C. Si tut. vel cur.*

Obj. *L.* 5. *de Jur. & fact. ign.* ubi ſcientia alii non nocet.

Resp. Tutor & pupillus una quaſi perſona ſunt, & ſic videtur ſcire, quando tutor ſcit. *L. f. eod.*

Qv. III. *An filiofamilias infanti noceat ſcientia patris?*

Laut. ibid. verb. *& filiof.*

Affirm. Scil. ad eum effectum, ne ſcientes ipſi nomine pupilli ſoli agere poſſint lapſo termino. *L.* 7. §. 2. *h. L.* 11. *de Aut. tut.*

Obj. *L.* 1. *de Bon. poſſ. fur. L.* 3. *Quis ord. in poſſ.* ubi infanti non nocet ſcientia patris.

Resp. Non nocet, quo minus ipſe infans deinde agere poſſit: nam infans ſi vel maturioris judicii eſt, omnino vel ipſe vel autore patre agere poteſt. *dd. LL.* Unde ſi pater infantis vel etiam tutor petere nolint, interim proximus admittitur ſub cautione. *d. L.* 1. *in fin.*

Qv. IV. *An repudiatio tutoris excludit pupillum a bonorum poſſeſſione?*

Laut. pag. 534. verb. *etiam tutoris.*

Negatur, *L.* 8. *h.* ubi dicitur petere, non repudiare poſſe.

Obj. *L.* 11. *de Aut. tut.* ubi & in agnoſcenda & in repudianda bonorum poſſeſſione voluntas tutoris ſpectatur.

Resp.

Resp. Tutor ſolus petere potuit bonorum poſſeſſionem (non hæreditatem), non autem ſolus repudiare, ſed pupillus autore. Et hæc tantum ſpecialitas innuitur in *d. L.* 8. ſecus eſt, ſi tutor ſolus adire poteſt, ſcil. ſi vel infans vel furioſus ſit, tunc in repudiando quoque ſola ejus voluntas ſpectatur. Item ſi pupillus eo autore ſe declaret, voluntas tutoris inſpicitur. *d. l.* 11. Illa igitur ſpecialitas tantum indigitatur in *d. l.* 8.

LIB. XXXVII. TIT. IV.

DE

BONORUM POSSESSIONE CONTRA TABULAS.

Qv. I. *An inique tantum praeteritis detur querela inofficioſi teſtamenti?*

Negatur, ſed teſtamentum ob præteritionem patris ipſo jure nullum eſt: non enim valet, etſi ex juſtiſſimis cauſis præteriti ſint: quin cum ipſe Lauterbachius non rite exhæredatis tribuat bonorum poſſeſſionem, nedum præteritis ea competit. Vid. *ſupr. tit. de Inoff. teſtam. q.* 4. 5. & 7.

Laut. pag. 535. verb. *inique tantum &c.*

Exc. Si a matre & ſimilibus ſint præteriti, quia hi pro exhæredatis habentur. *d. tit. q.* 7.

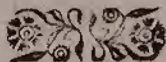
Qv. II. *An valeat teſtamentum, in quo filius eſt inſtitutus, ſi praeteriti filii agnoſcant voluntatem defuncti?*

Resp. Equidem ſi præteritus abſtinet, ex æquitate prætoria convaleſcit inſtitutio; at ſecus eſt, ſi ipſe inſtitutus contra teſtamentum agere velit. *d. l.* 10. §. 6.

Laut pag. 535. verb. *licet praeteriti &c.*

Obj. *l.* 3. §. 11. *h.* ubi non tollitur teſtamentum, niſi alter committat edictum.

Resp. Ibi alter committere dicitur; committit autem non qui agit, ſed qui poteſt agere: ſeu, non quæritur: an corruat, ſi filius abſtinet, ſed an reliqui, qui non abſtinent, agere poſſint, quod affirmatur.



LIB.

LIB. XXXVII. TIT. V.

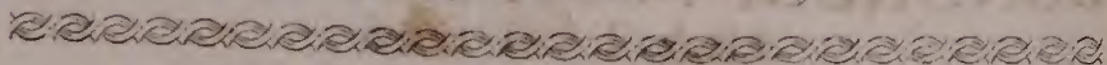
DE

LEGATIS PRÆSTANDIS CONTRA TABULAS B. P. PETITA.

Qv. *An bonorum possessione contra tabulas totum rescinditur testamentum, ita, ut nec legata valeant?*

Laut. pag. 535. verb. omnino totum &c.

AFFIRMATUR. Nec legata, nec substitutiones inde valent, etsi testator sciverit, esse sibi filios vel uxorem prægnantem. *Vid. supr. tit. de Inoff. test. q. 5. Dn. Par. in Hyp. Inst. tit. de Exhaer. lib. §. 6.*



LIB. XXXVII. TIT. VI. & VII.

DE

COLLATIONE ET DOTIS COLLATIONE.

Qv. I. *Quaenam sit ratio hujus tituli?*

RESP. Per bonorum possessionem injuria fiebat suis hæredibus: his enim, cum Jure Civili solidi hæredes essent, emancipati Jure Prætorio partem auferunt; quin hi quandoque præferuntur, & filius emancipatus excludit nepotes suos, etiam ab intestato, *per bon. poss. Unde liberi l. 1. §. p. de Dot. coll.*

Hoc quidem naturæ ratio excusabat, sed iniquitas in eo mansit, quod interim *sui* omnia patri, *emancipati* vero omnia sibi quærant, adeoque *hi* non sua tantum præcipua habeant, sed & in partes *suorum*, patri quæsitas, succedant, eoque longe melioris conditionis hoc facto fiant, quam sui.

Hoc corrigitur collatione, qua emancipati conferunt bona sua in communem hæreditatem. *L. 3. de Dot. Coll.*

Qv. II. *An etiam nepotes conferant ea, quae parentes eorum accepere?*

Laut. pag. 537. verb. rectius tamen.

AFFIRMAT. Lauterbachius, si nepotes succedunt jure repræsentationis, alias non. *Laut. h. t.* At quia nepotes semper succedunt jure repræsen-

ſentationis, ſive ſoli ſint, ſive thii concurrant, (*vid. infr. tit. Quis ordo in poſſeſſ. q.* 5.) in genere dicendum, nepotes ſemper conferre.

Qv. III. *An ſumtus Doctorales etiam conferantur?*

NEGATUR: Non vero ex ea ratione, quaſi ad peculium quaſi caſtrenſe pertineant, ſed quia ſunt pars alimentorum: quicquid vero quaſi in alimenta filii impenditur, non confertur. Unde nec ſumtus in ſtudia, *L.* 50. *Fam. erc.* in opificia, in nuptias, ad iter &c. etſi alii aliis plus acceperint; hoc enim non tam ex voluntate patris accipiunt, quam ex debito naturæ, quo parentes liberis tenentur ad alimenta, ex quo nati ſunt, ſub alimentis autem omnia continentur; quæ ad educationem pertinent: at ipſe pater hæc imputare liberis poteſt. *Laut. pag.* 537. *verb. nec ſumtus.*

Qv. IV. *An etiam ea conferantur, quae ex mera libertate data ſunt?*

RESP. Diſtinguendum inter collationem juris novi & veteris. Donatio ſimplex ex cauſa *novi juris* nunquam confertur; quia qui donat, id vult præcipuum habere donatarium, nec ſolet omnibus fieri officio paterno: ſed ex affectu ſingulari in unum; quin ſi conferretur, non eſſet donatio uni facta, in qua ſucceſſuri quoque ſunt reliqui. *Laut. pag* 537. verb. *ex mera liberalitate &c.*

Exc. *L. p. in f. C. h.* ſi alter accepit donationem propter nuptias, quam conferre tenetur: tunc enim hic poteſt mutuo petere, ut donatio ſimplex conferatur.

Sed ex *cauſa veteri* donationem emancipatus ſuo confert; quia in ſuo non valuit donatio, ſed manſit in bonis patris, qui eſt caſus *L.* 25. *C. Fam. erc.* verb. *tibi quaeſitum.* Unde apparet, emancipatum fuiſſe: quia ſuo non quæritur; ſuus quoque non retinet præcipuum. Emancipati ergo invicem non conferrunt, nec ex veteri, nec ex nova cauſa; quia qui donat, id præcipuum eſſe vult, quæ proinde regula eſt in *L.* 18. *C. Fam. erc.*

Non ergo OBSTAT *L.* 18. *C. Fam. erc.* ubi filia non confert donationem.

RESP. Regula ibi extat: non enim ibi caſus ponitur, ubi altera ſua, altera emancipata eſt; uti caſus poni debet ex jure veteri. Sed & dicitur ibi, patrem filiæ nomine comparaſſe, v. g. ad ornatum &c. quod inſtar alimentorum eſt, & ideo non confertur.

Qu. V. *An is, qui rem ab ascendente acceptam conferre debet, etiam rei fructus & usuras conferre teneatur?*

Laut. pag. 53 . verb. non etiam usurae.

Distinguendum est inter fructus & usuras *vivo* ascendente perceptas & inter eas quas *mortuo* ascendente percepit is qui conferre tenetur.

Priori casu visum fuit quibusdam Doctoribus eos quoque fructus conferri debere, quos *vivo* ascendente filius vel filia percepere, in quo numero sunt Vinnius *de Collat. c.* 11. *n.* 3. *&* 4. *& Gravenw. ad l.* 5. §. 1. *Collat. dot.* ubi id moribus demum mutatum esset ait. Quos late adductis rationibus refutat Christinaeus *Vol.* 1. *Dec.* 78. *num.* 1. Conf. *Schulc. ad ff. Ex.* 41. §. 26. *ibique Dd. Carpz. p.* 3. *c.* 11. *d.* 24. *n.* 4. Sane hos fructus hasque usuras ex dispositione patris, & jure dominii percipit, adeoque eas conferre non tenetur.

Posteriori casu distinguunt quidam Doctorum, an *mortuo* ascendente in mora sit conferendi filius, an non: *Illo* non hoc casu conferentem ad usuras teneri ajunt: atque pro fundanda hac distinctione allegant textum in l. 5. §. 1. *ff. dot. collat.* ibi: *filia quae soluto matrimonio dotem conferre debuit,* MORAM COLLATIONI FECIT, *viri boni arbitratu cogetur usuras quoque dotis conferre, cum emancipatus frater etiam fructus conferat, & filia partis suae fructus percipiat*: Atque hanc sententiam communiter sequuntur Doctores. *Carpz. p.* 2. *c.* 30. *def.* 10. *Coll. jur. Arg. F.* 2. *disp.* 19. *th.* 56. *Stryk. de Success. ab int. Diss. XI. th.* 8. *in f. Struv. Ex.* 37. §. 34. *seq. ibique Muller. & Lynk. Laut. Comp. tit. de Collat. fol.* 537. *Zaes. ad tit. de Collat. n.* 50. *Brunn. de Collat. bon. C.* 4. *n.* 702.

At verius est, usuras semper a tempore delatæ hæreditatis, i. e. a tempore mortis patris conferri debere (1) quia collationis necessitas incipit ex tempore mortis defuncti. *L.* 6. *C. Collat. l.* 12. *C. Eod. l.* 15. *C. Eod. Colleg. Lauterb. tit. de Collat.* §. 21. *Stryk. de Success. ab int. Diss.* 11. *c.* 5. §. 6. *Mull. ad Struv. exerc.* 37. §. 21. *Christin. dec.* 178. *n.* 1. *Vol.* 1. Unde res collatæ communi massæ imputantur, pariterque censentur, tanquam alia pars hæreditatis *l.* 1. §. 11. ibi: *in commune redacta. ff. de Collat.* Ex eo igitur tempore, is qui talem rem conferendam possidet, pro parte tenet rem alienam, & ex ea lucrum percipit, quod proinde ei, cui illud abest, restituere tenetur. Unde (2) apparet usuras hic non deberi ex mora, sed ex illa æquitate & naturæ ratione, quod contra bonam fidem sit ex re aliena lucrum captare, ex qua ratione jure Civili usuræ debentur etiam citra moram. *l.* 1. §. 1. *Usur. l.* 10. §. 3. *l.* 12. §. 9. *ff. Mand. l.* 5. *C. act. emt. l.* 9. *C. Usur. junct. l.* 18. §. 1. *Usur. l.* 13. §. 20. *act. emt.*

emt. Unde mora hic oriri dicitur ex re ipſa ſine interpellatione. *Laut. Comp. tit. de Uſur. p.* 418. *& Colleg. Laut. L.* 22. *tit.* 1. §. 19. Sane (3) indubium eſt filiam ex momento quo pater moritur totius portionis ſuæ hæreditariæ fructus conſequi, *l. ſ.* §. 1. *ff. dot.* cur igitur frater ex ſua portione hæreditatis, (ad quam res a filia conferenda pertinet) fructus non perciperet? Accedit (4) introductum eſſe Collationis beneficium, ut æqualitas inter deſcendentes obſervetur: *l.* 17. *C. Collat. Brunn. ad l.* 5. §. 1. *ff. Collat. dot. Muller. ad Struv. Ex.* 37. §. 21. *Mantic. de Conject. tac. ult. vol. l.* 6. *l.* 2. *n.* 13. *Weſenbec. ad tit. de Collat. bon. n.* 7. *Laut. Colleg. de Collat. bon.* §. 4. & 9. *& de Collat. dot.* §. 2. Non autem foret æqualitas, ſi alter ex re conferenda ſolus fructus lucraretur, eorumque partem cohæredi, qui par jus in re conferenda habet, præriperet.

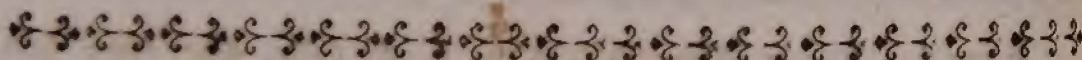
Neque (5) Obstat textus in *l.* 5. §. 1. *ff. Collat. dot.* Nam facit ille potius pro noſtra ſententia; quod enim (α) ibi ſupponitur filiam *moram collationi* feciſſe, ad factum pertinet, filia actu moram commiſit, & textus, id contigiſſe, refert. Non vero pertinet ad deciſionem, quaſi uſuras dotis conferre ideo debeat, quia in mora fuit: Sed (β) ratio hæc allegatur, *quia boni viri arbitratu cogetur uſuras conferre*, i. e. ex æquitate & juxta regulas bonæ fidei, at bonæ fidei, congruit, ut is, qui ex re aliena lucrum percipit, uſuras præſtet. *l.* 10. §. 3. *l.* 12. §. 9. *ff. Mand.* Idque maxime confirmant (γ) verba ſequentia, *cum emancipatus quoque frater fructus conferat*: is autem non conferat a tempore moræ, ſed ex momento delatæ hæreditatis, quia ex eo tempore utitur re pro parte aliena: Denique & (δ) omne dubium tollunt ea quæ ſubjicit textus, *cum & ipſa filia partis ſuae fructus percipiat*: At ea percipit ſuæ portionis fructus ex momento delatæ hæreditatis: Sane alias hæc filia duplex lucrum perciperet, tum ex ſua portione hæreditatis, tum ex rebus conferendis, quarum pars ad portionem hæreditatis fratri debitam pertinet.

Atque hanc ſententiam (6) probant *Brunn. ad l.* 5. §. 1. *C. Collat. dot. Lynker. reſolut.* 506. de fructibus (non autem de uſuris) id aſſerit *Laut. Colleg. de collat. dot.* §. 42. ubi ex *Michalor. tract. de fratribus p.* 1. *c.* 21. *n.* 27. rationem hanc ex *d. l.* 5. §. 1. affert, *quia enim tunc collationem faciens conſequi debeat fructus ſuae portionis haereditariae, conveniens eſt etiam, ut fructus dotis conferat, ad hoc ut ſervetur aequalitas*: & Paponius pro ea opinione judicatum eſſe ait in Curia Pariſienſi *L.* 27. *tit.* 7. *arr.* 4. Accedunt omnes illi Doctores, qui uſuras *vivo* quoque patre perceptas conferri debere tradunt, quos initio hujus quæſtionis allegavi. Denique in Supremo Tribunali Berolinenſi ſententia illa obtinuit an. 1725.

 Qu. VI.

Qv. VI. *An impensa in beneficium ecclesiasticum conferatur?*

Resp. Confertur, quia iis in futurum filiis prospicitur, perinde, ut per dotem & donationem propter nuptias, & sunt quasi dos filiorum. Neque ad alimenta præsentia pertinent, quæ non debentur, nisi a vivis, sed ad perpetua, quæ habet ultra alimenta; nec sunt donatio, nisi ea voluntas appareat. Unus ergo aliquid præ reliquis accepit in futuram alimentationem, etiam post mortem, ubi cura omnium liberorum parentibus communis videtur. Idem vero est, licet ea conditione beneficium hoc acceperit, ut se aleret; quia, parente mortuo, præ aliis illud habet, cum pater pariter liberis prospicere velle præsumatur. Ita anno 1691. Viadrina Facultas respondit. Vid. *Brunn. q. ult. ad W. h. t.*



LIB. XXXVIII. TIT. XV.

QUIS ORDO IN POSSESSIONE SERVETUR.

Qv. I. *An primo mense post nuptias nati legitimi sint ad effectum succedendi?*

Laut. pag. 543 verb. *hoc olim &c.*

Negatur: Nisi pater agnoscat partum, *d. L.* 11. Vid. *supr. tit. de His qui sui &c. q.* 8.

Neque olim aliud obtinuit: nam *L.* 11. *de Stat. hom.* loquitur de casu, ubi sine consensu patris nuptiæ initæ sunt: tunc enim nuptiæ nullæ sunt, *pr. Inst. de nupt.* & inde nati non censentur legitimi, licet nono vel decimo mense nascantur. *d. q.* 8.

Qv. II. *An Monachi succedant patri Lutherano?*

Affirm. Vid. *L.* 8. *pr. C. de Haeret.*

Obj. *L.* 19. *C. de Haeret. N.* 118. ubi hæretici excluduntur a successione.

Resp. (1) Non sunt hæretici, nisi qui a quatuor Conciliis œcumenicis dissentiunt, quales non sunt Catholici. (2) Limitanda est illa regula: nisi hæresis illa publica lege permissa, & omnia jura ei reservata sint.

Qv. III.

Qu. III. *An legitimati per ſubſequens matrimonium ſuccedant etiam in feudis?*

Affirm. Vid. *late ſupr. tit. de His, qui ſui &c. q.* 17.

Qu. IV. *Quaenam ſit ratio juris repraeſentationis?*

Resp. Præmittendum eſt, fieri ſucceſſionem vel in *genera*, vel in *capita*, vel in *ſtirpes*.

In *genera* fit, quando aſcendentes paterni & materni in unam partem junguntur, *Nov.* 118. *c.* 2. uti ſi quatuor ſuperſunt avi materni, & ſolus avus paternus, hic ſolus tantundem accipit, ac totum genus maternum.

In *capita* fit pro numero perſonarum, quando ſcil. ſinguli jure proprio & quaſi jure ſui capitis ſuccedunt. *Nov.* 118. *c.* 3.

In *ſtirpes* fit ſucceſſio, quando remotiores gradus, ſubeundo in locum parentum præmortuorum, eorum partem capiunt. §. 6. *I. de Succ. ab int.* Quod jus repraeſentationis dicunt, vid. *Dn. Parens Hyp. Inſt. eod. tit.* §. 3. quia non jure proprio ſuccedunt, ſed quia ſtirpem, ex qua nati ſunt, & in cujus ſuccedunt, repraeſentant; unde etiam eam portionem accipiunt, quam ille parens accepturus fuiſſet, etſi plures ex eadem ſtirpe nati exſtent.

Ratio hujus juris repraeſentandi, *quoad deſcendentes* ex ipſo naturali ratione fluit. Jure naturae enim filiis ſucceſſio debetur ex ipſo momento nativitatis ſuae in tempus mortis paternae, hoc jus, quod in caſum hunc competit, transmittunt ad ſuos haeredes, ſi ipſi praemortui fuerint, & ſic remotiores gradus, ex perſona hujus transmittentis, ſuccedunt.

Inter *collaterales* vero ad exemplum juris repraeſentandi inter deſcendentes idem Jure Civili introductum eſt, ſed non niſi usque ad tertium gradum incluſive. Hoc privilegium autem ſolis fratrum liberis, & nulli alii perſonae, ex hoc ordine venienti, largitum eſt, *per text. expr. in Nov.* 118. *c.* 3. *verſ. hujusmodi vero &c.* ex quo ipſo apparet, fratrum defunctorum nepotes, pronepotes &c. cum defuncti germanis vel patruis nunquam ſuccedere, ſed penitus ab his excludi. *Goth. ad d. c.* Haec repraeſentatio neceſſaria eſt in omnibus caſibus, quo fratrum filiis proprium jus non ſufficit, adeoque quando vel propior, vel par gradus ſupereſt, qui eos, ſi in capita ſuccederetur, vel a tota haereditate, vel ab ejus parte excluderet.

 Uti-

Utilis ergo illa eſt (1) ſi cum fratris defuncti filiis concurrant defuncti aſcendentes; vel (2) ſi ſuperſint fratres defuncti germani: (idem eſt in conſanguineis & uterinis), utroque enim caſu, ſi in capita & jure gradus ſuccederetur, illae perſonae excluderent fratrum filios, tanquam gradu remotiores. Sed & (3) ſi horum fratrum germanorum filii ſuperſint, vel (4) defuncti patrui, ſive thii: illo enim caſu utilis eſt repraeſentatio ei, qui ſolus ex fratre ſupereſt, cum forte ex alio fratre ſex vel ſeptem liberi exſtent: intereſt inquam ejus, ne in capita ſuccedatur, ſed jure parentum, & jure repræſentativo, adeo, ut ille ſolus dimidiam, reliqui omnes alteram dimidiam accipiant. *Hoc caſu*, ſi in capita ſuccederetur, patrui quoque in partem hæreditatis vocandi eſſent; quia æque ac fratrum filii in tertio gradu ſunt; neceſſaria ergo ad eos excludendos eſt repræſentatio ſtirpis.

His autem omnibus exſtinctis, fratrum filii jure proprio ſuccedunt; quia tunc non amplius opus habent jure alterius & gradu privilegiato ac repræſentativo, cum jure proprii gradus reliquos excludant. Ubi ergo jus proprium incipit, ceſſat repræſentatio.

QV. V. *An fratrum germanorum filii, ſi in ſecundo gradu fratres conſanguinei vel uterini exſtant, aut in tertio gradu thii concurrunt, jure proprio ſuccedant, an vero adhuc jure repraeſentationis?*

RESP. Non ſuccedunt jure proprio, ſed jure repræſentationis; & ſic Sejo v. g. defuncto, fratrum ejus germanorum filii, quamdiu quiſquam alius in tertio gradu, ſive Seji patruus, ſive ex fratre nepos, ſupereſt, non in capita, ſed tantum jure repræſentationis in ſtirpes vocantur. Quod jus cum ſola prope *Nov.* 118. *c.* 3. nitatur, inde id ita demonſtramus: I.) per *d. N.* 118. *c.* 3. *princ.* ubi in linea collaterali, primo ordine vocantur germani, his vero non exiſtentibus, illico ſecundo ordine conſanguinei & uterini. *d. c.* 3. *verſ. His autem.* Inter germanos igitur & reliquos fratres cum germanorum filii proprium ordinem intermedium non habeant, neceſſario illi continentur ſub primo, ejusque adeo gradum repræſentant. II.) per *d. c.* 3. *verſ. Unde conſequens.* ubi caſus eſt, quo germani non ſuperſunt, ſed cum conſanguineis ac uterinis ſoli germanorum filii concurrunt, & ſancitur, quod hi præferri debeant thiis ſuis, ſicut pater eorum, (frater defuncti germanus) ſi viveret, præferretur, ergo illi etiam cum ſoli ſuccedunt, non ſuo, ſed patris ſui jure ſuccedunt, & præferuntur thiis ſuis, eorumque liberis. Maxime III.) cum hoc jus, quo germanorum filii præferuntur conſanguineis & uterinis, expreſſe inferatur ex jure repræſentationis, & dicatur,

catur, consequens esse ejus, quod patris portionem accipiant, & in stirpes succedant, *d. vers. Unde consequens &c.* Uti & IV.) eorum filii ideo excludi dicuntur a germanorum filiis, quia pater eorum exclusus fuisset, ex cujus ergo jure censentur. *d. c. 3. vers. Et ex diverso.* Quemadmodum igitur V.) germanis defunctis horum filii non alio jure soli succedunt, & tum consanguineis ac uterinis, tum horum liberis præferuntur, quam repræsentando parentes suos; ita & consanguineis ac uterinis extinctis, horum liberi non alio jure soli succedunt & defuncti thiis, eodem gradu tertio ei conjunctis, præferuntur, quam quia parentes suos repræsentant; cum eadem sit excludendi parem gradum ratio. Atque ita VI) hoc jus, quo fratrum filii parem gradum excludunt, in genere dicitur privilegium, quo in suorum parentum jura succedunt. *d. c. 3. vers. Hujusmodi.* Quod VII.) in genere atque in omnibus fratris filiorum personis repetitur in *d. c. 3. vers. Quandoquidem.* ibi: *fratris & sororis filiis tale privilegium dedimus, ut NB. in propriorum parentum succedentes locum simul cum iis, qui in secundo gradu sunt, vocentur.* Atque ex hoc privilegio demum VIII.) infertur, & expresse statuitur, quod omnium fratrum liberi præponi debeant defuncti patruo, reliquisque thiis, qui & ipsi in tertio gradu sunt: illud inquam ex eo privilegio infertur, quod succedant in parentum locum: uti id clarissime expressum est in *d. vers. Quandoquidem &c.*

Atque hæc ita obtinent ex ratione Juris Civilis: at quia interpretes Juris in varias ivere partes, dubium hoc ad comitia perlatum, & ibi a Carolo V. ita decisum est: **Wenn einer unteſtirt abſtirbt, und nach ihm kein Bruder oder Schweſter, ſondern ſeiner Brüder oder Schweſter-Kinder in ungleicher Zahl verläßt, daß alsdenn dieſelbe ſeines Brudern oder Schweſter-Kinder in die Häupter, und nicht in die Stämme erben, und dem Verſtorbenen ihrer Vater oder Mutter Bruder oder Schweſter dermaſſen zu ſuccediren freygelaſſen werden ſollen.**

Atque hæc Constitutio Carolina in Principatu Halberstadiensi recepta & tanquam norma rescripto Serenissimi Regiminis præscripta fuit in causa **Scharſotten**, contra **Schrödern.**

Qv. VI. *An Fratrum filii, etiamsi in tertio gradu soli sunt, nec fratres germani exstant, cum ascendentibus concurrant?*

RESP. Equidem *Nov.* 118. expresse disponit, ut, si fratrum filii cum propriis thiis judicantur, jure repræsentationis succedant, at, si cum fra-

fratribus defuncti etiam ascendentes ad hæreditatem vocantur, a successione excludantur.

Hoc mutatum in *Nov.* 127. eaque constitutum est, ut fratrum quoque filii cum ascendentibus & fratribus germanis vocentur.

Quoniam ergo *Nov.* 118. supponit casum, ubi NB. cum fratribus germanis ascendentes vocantur, putant Dd. de hoc solo quoque casu mutationem in *Nov.* 127. intelligendam esse, ita ut fratrum filii tum demum ad successionem vocentur, si præter ipsos, germani & ascendentes supersunt: deficientibus ergo germanis eos etiam post *Nov.* 127. per concursum ascendentium a successione excludi, contendunt.

At contrarium omnino verius est, (1) quia fratrum filiis jus succedendi non competit ex existentia fratrum defuncti, sed ex jure repræsentationis. Quod (2) exinde apparet, quia etiam iis deficientibus, patruos excludunt, *Nov.* 118. *c.* 3. Vid. *qu. praeced.* Unde firmiter colligitur, existentiam fratrum non tribuere jus succedendi, nec defectum eorum illud minuere. Sane (3) diserte innuit *Nov.* 127. jus succedendi fratrum filiis, quando simul cum germanis & ascendentibus vocantur, non propter germanorum existentiam competere, sed propter repræsentationem; quia eandem portionem accipiunt, quam pater eorum, si vixisset, habiturus fuisset. Hæc autem repræsentatio (4) æque obtinet, sive germani adsint, sive non. Sane (5) nulla ratio diversitatis afferri potest, cur magia fratrum filii repræsentare parentem debeant, si huic fratres supersint, quam si nulli exstent. Sed & (6) cum per *Nov.* 118. unicus exciperetur casus, quo in fratrum filiis cessaret repræsentatio, si scil. germani non essent, sed soli ascendentes, ultro sequitur, hac exceptione per *Nov.* 127. sublata, in omnibus reliquis casibus repræsentationi locum esse.

Obst. (1) *Nov.* 118. *c.* 3. ubi fratrum filii excluduntur, si cum fratribus defuncti etiam ascendentes ad successionem vocantur: vi hujus constitutionis ergo fratrum filii (1) excluduntur, si cum fratribus defuncti ascendentes vocantur, & (2) (quod implicite ex *d. Nov.* sequitur) si fratres defuncti plane non sint, sed soli ascendentes exstent.

Hinc jam argumentantur Dd. quia *Nov.* 127. tantum circa priorem casum disponit, ut fratrum filii simul cum NB. fratribus germanis & ascendentibus vocentur: circa posteriorem casum nihil muta-

ta-

tatum esse, sed ascendentes, si deficiant germani, excludere fratrum filios; quia leges correctoriæ stricte debent intelligi.

Verum (1) cum posterior casus implicite sub dispositione *Nov.* 118. contineatur, ultro sequitur, quod ea correcta & sublata, etiam ea, quæ implicite continentur, correcta videantur, imprimis cum (2) eadem utrobique sit ratio, nullaque diversitatis ratio allegari possit. Sane (3) in *qu. præced.* jam probatum est, fratrum filios, etiam si soli sint, succedere in *stirpes*, quamdiu secundus vel tertius gradus superest: indeque existentia *fratrum* eis jus succedendi nec tribuit nec aufert: idque in primis ex rationibus, *qu. præced.* allegatis, extra omne dubium ponitur.

Obst. (2) *Nov.* 127. *præf. d. c.* 1. ubi *cum* fratribus germanis & ascendentibus vocantur fratrum germanorum filii; excludi ergo videntur, si fratres defuncti non adsint.

Resp. Imo jam dictum est ad præcedentem objectionem, existentiam fratrum non tribuere jus succedendi fratrum filiis, sed repræsentationem, quæ æque obtinet, si fratres defuncti deficiunt. Atque (2) hæc ratio expresse additur in *Nov.* 127. *& tantam accipiant portionem, quantam eorum futurus erat pater accipere, si vixisset.* Sed & (3) vox *cum* non significat conjunctionem & comitantiam, quasi non debeant fratrum filii succedere, nisi fratres defuncti exstent, sed similitudinem juris succedendi, & vocari cum thiis, est vocari eodem jure, & simili ordine, quo thii: ut idem ordo sit succedendi: atque id ita explicatur in *d. Nov.* 127. *præfat.*

Qu. VII. *An fratrum filii, qui jure simultaneæ investituræ succedunt, si cum thiis concurrunt, jure repræsentationis vocentur, an in capita?*

Casus hic esto: Serenissimus *Mevium, Titium, & Cajum fratres*, investit de feudo, & in casum, quo hi deficient, jure simultaneæ investituræ iis jungit *Javolenum & Sejum*: Mortuis *Vasallis*, mortuoque *Sejo*, feudum ad *Javolenum & Seji tres filios* devolvitur; quæritur: an hi in capita succedant, an in stirpes?

Resp. Jure Saxonico omnes simultaneæ investiti simul succedunt, neque ibi juxta ordinem & graduum prærogativam fit successio, sed etiam remotiores cum proximioribus admittuntur, *Struv. Jur. Feud. c.* 9. *pag.* 350. *n.* 5. *& seq.* ubi plurima habet præjudicia, *Carpz. p.* 3. *c.* 29. *def.* 8. *ibique præjud. Stryk. Ex. J. feud. c.* 16. *q.* 26. *& de Successf. ab int. Diss.* 3. *c.* 2. §. 6.

6. *Menſ. Obſ. L.* 3. *O.* 94. Niſi additum ſit: nach rechter Sippzahl, i. e. juxta ordinem & prærogativam graduum, *Carpz. d. p.* 3. *c.* 29. *def.* 9. & 11. *Strur. d. l.* tunc enim, & proximiores excludere remotiores, & jus repræſentandi locum habere, putant.

At hæc ſententia rationi juris admodum repugnat, & tutior eſt opinio eorum, qui ſemper juxta graduum prærogativam ſucceſſionem fieri, indeque fratrum filios jure repræſentationis cum patruis admitti, autumant. Nam (1) certum eſt, ſimultaneam jus reale & ad liberos tranſitorium inveſtitis conferre, *Dn. Par. d. l.* §. 25. *Carpz. p.* 2. *c.* 45. *def.* 15. & 16. & exercitium demum in caſum extinctæ familiæ poſſeſſoris ſuſpenſum eſſe. *Struv. J. F. c.* 9. *th.* 16. *n.* 4. Neque enim tam tempus mortis, ut in ſucceſſione, quæ jure hæreditario defertur, ſed contractus feudalis, inſpicitur, ex quo ſtatim ſpes oritur juris futuri, quæ ſpes ad hæredes transmittitur. §. 4. *I. de V. O.* Hoc principio poſito, ſequitur (2) hanc ſpem juris futuri hoc jus eventuale *Javoleno* & *Sejo* ex ipſa ſimultanea inveſtitura pro dimidia parte quæſitum eſſe; quam ſolam ratam quisque eorum (3) ad hæredes transmittit, adeo, ut *Seji* hæredes ea contenti eſſe debeant; quia *Sejus* non poteſt plus juris in hæredes transferre ac ipſe habuit, nec liberi plus juris prætendere, ac pater ipſorum habiturus fuiſſet, ſi vixiſſet. Neque (4) jus illud reale ſemel *Javoleno* ratione dimidiæ quæſitum, a Seji liberis vel aliis remotioribus auferri poteſt. Accedit (5) quod ſucceſſio hæc ex pacto originem habeat, quæ pacta ſtrictiſſime accipienda, & cum omnes hæredes nominetenus non expreſſi, ſed tantum ſub collectivo nomine vocati ſint, tanquam de una perſona interpretanda ſunt. *arg. L.* 56. *ff. de Cond. & dem.* Sed & (6) hoc menti primorum contrahentium magis convenire, perquam erudite demonſtrat *M. Piſt. Ill. q. p.* 2. *q.* 95. *n.* 6. Denique & (7) cum in ſimultanea inveſtitura circa ſucceſſionem nihil ſingulariter conſtitutum ſit, res merito deciſioni Juris Civilis relinquenda eſt: notum enim eſt, jura ſtatutaria ſuppleri ex Jure Civili. 2. *F.* 1.

Neque Obst. (1) quod ſimultanee inveſtiti non ex lege & jura communi jus ſuccedendi habeant, ubi ſolum graduum prærogativa obtinet, ſed ex pacto & gratia ac privilegio Principis, adeoque non jure parentum, ſed jure proprio, ex denominatione primi inveſtientis; quæ generalis eſt & omnes ſimultanee inveſtiti hæredes ſimul vocat in caſum deficientis vaſalli; unde exiſtente caſu omnium tunc exiſtentium ſimultanee inveſtitorum jus ſimul incipere videtur, *Borch. de Feud. c.* 7. *p.* 138. *n.* 29. inprimis cum hæc ratio literis inveſtituræ conveniat, quarum tenor præcipue obſervandus eſt. *H. Piſt. p.* 2. *p.* 21. *n.* 1. & 2.

Resp.

Resp. (1) In vera investitura jus succedendi itidem non est ex lege & jure communi, nec juris parentum, sed ex pacto & beneficio primi constituentis, & sic jure proprio, & tamen ordo succedendi ex Jure communi desumitur. Nam (2) jam ante dictum est, jura statutaria & singularia suppleri ex Jure communi. Accedit (3) quod in vera quoque investitura vocentur vasalli & hæredes. Neque tamen filii cum parentibus simul succedunt. Falsum ergo est (4) omnium simultanee investitorum jus deficiente vasallo simul incipere: nam jus succedendi ex prima investitura acquiritur singulis pro rata, exercitium demum incipit deficiente vasallo, at non nisi juxta ordinem successionis, jure præscriptum; & juxta eundem (5) literæ investiturarum quoque interpretationem recipere debent, ita, ut hæredes vocentur ad successionem, sed secundum gradus prærogativam.

Atque hanc sententiam defendit *H. Pist. L. 2. q. 22. n. 6. & seq. & Mod. Pist. Illustr. quæst. p. 2. q. 95.* inque eam in contradictorio in Curia Halberstadiensi itum fuit in causa Ritzenhagen, contra Ritzenhagen, d. 11. Jul. 1695. & d. 7. Jan. 1697.

Qu. VIII. *An, si fratres ulterini & consanguinei succedunt, locum habeat distinctio bonorum?*

Præmittendum est, in successione ab intestato sæpius occurrere quæstionem de distinctione bonorum paternorum & maternorum. Scil. (1) quoties parentes ex parte patris & matris simul liberis succedunt; (2) quando cum iis concurrunt defuncti fratres & sorores germani; (3) quando germani cum avis maternis una succedunt; (4) quando consanguinei & uterini concurrunt. *Dn. Far. in Disp. de Dist. bon. c. 1. §. 1.*

Laut. pag. 546. verb. unilaterales.

Equidem in omnibus his speciebus successiones ita fieri debere, ut agnati paterni in paterna, materni vero in materna bona succedant, sunt, qui statuunt; vid. *Dn. Far. d. l.* at in nulla specie hanc divisionem obtinere, late evincit eadem disputatio, cujus verba hæc sunt:

Etenim I. cum sublata veteris successionis ab intestato ratione, quæ nimium scrupulosa & implicita videbatur, novam succedendi formam constituerit *Justin. in Nov.* 118. & plane constet, in ea nullum penitus hujus distinctionis vestigium esse, & ne quidem paternorum & maternorum bonorum ullam mentionem fieri, non potest illa obtinere: cum Justinianus *in præf. d. Nov.* 118. diserte testetur, *se voluisse omnes simul ab intestato cognationum successiones per istam legem, sc. Nov.* 118. *clara compendiosaque divisione disponere, & ideo prioribus legibus, pro hac causa positis vacantibus, de cæte-*

ro *NB. sola servari, quæ in d. Nov. constituit.* Rejicienda est igitur in successionibus ab intestato omnis paternorum & maternorum distinctio; cujus adeo nec umbra in *d. Nov.* nec ex ea ullatenus doceri potest, extra illam vero nec debet.

II. Quia quos Imp. ad successionem defuncti *in d. Nov.* vocat, eos hæredes ejus ab intestato facit. Hæres autem succedit omnino in omne jus defuncti, quod ejus tempore mortis fuit. *L. 62. ff. de Reg. Jur. L.* 24. *ff. de Verb. sign. l.* 3. §. 2. *ff. de Bon. poss.* Cum igitur omnia bona, paterna & materna, defuncti fuerint, quæ tempore mortis habuit, certum est, hæredes sine ulla distinctione succedere in omnia hæc bona paterna & materna, ejusdemque potestatis jurisque esse, cujus defunctus fuit. *L.* 59. *de Reg. Jur.*

III. Neque vero potest ex eo, quod jure extinctum jam est, jus inter hæredes esse statui, nec effectus juris intelligi, ubi tota causa cessat. *l.* 4. §. 6. *ff. de Re jud. l.* 4. §. *fin. ff. de Act. emt.* Differentia vero paternorum & maternorum aditione confusa & plane extincta fuit, nec amplius sunt paterna vel materna, sed omnia æqualiter fraterna, seu liberorum bona. Nemo igitur hæredum potest sibi jus aliquod in paterna vel materna præ aliis arrogare, cum talia amplius non sint, neque vel hic ex jure matris, vel ille ex jure patris sibi aliquid vindicare, quod nullum fuit.

IV. Quin, cum non succedatur patri vel matri, sed filio vel fratri, non quæritur, quid patris vel matris, sed quid filii vel fratris fuerit: non magis, quam si defunctus emisset a patre vel matre, aut acquisivisset ab extraneis. Nam ea bona, quæ a patre vel matre acquisivit, æque sua propria fecit, extincta tota pristini dominii causa vel qualitate, quam quæ ab extraneis comparavit. Ut proinde omnis illa distinctio in prædictis casibus merum sit non ens.

V. Sed & pugnat illa distinctio manifestissime cum *d. Nov.* 118. *c.* 2. ubi de ipsis parentibus utriusque generis statuitur, ut inter paternos & maternos *ex æquo hæreditas dividatur.* Ergo non attento, utrum amplius sit in paternis, an in maternis. Et sequitur porro: *ut medietatem quidem accipiant omnes a Patre ascendentes, quanticunque fuerint; medietatem vero reliquam a matre ascendentes quantoscunque eos inveniri contigerit.* Non ergo illi paterna, hi materna; sed utrique medietatem omnium capiunt. Quodsi igitur ne ipsi quidem parentes paterni vel materni, quando liberis succedunt, distinctionem bonorum facere possunt, a quibus tamen illa bona profecta sunt, & distinctio hæc nata est, nedum cum alii, scil. collaterales liberis succedunt.

Atque

Atque hoc expreſſe quoque additur in *d. Nov.* 118. *cap.* 2. *verſ. ſi vero.* in caſu, quo fratres & ſorores germani una cum aſcendentibus concurrunt; quod *dividenda ſit inter eos hæreditas ſecundum perſonarum numerum, ut & aſcendentium & fratrum ſinguli æqualem habeant portionem &c.* Nihil ergo evidentius eſt, quam omnium promiſcue bonorum æquales portiones fieri, non autem paterna & materna ſeparari.

In priore igitur ſpecie, cum aſcendentes utriusque lateris ſoli ſunt, ſemiſſes totius hæreditatis omniumque defuncti bonorum fiunt, & alter paterno generi, alter materno tribuitur: In poſteriore vero caſu, tota hæreditas, omniaque defuncti fratris bona in partes viriles & æquales dividuntur. Quod ideo factum, ne unquam parentes deterioris eſſent conditionis, quam collaterales; uti fieret, ſi plures eſſent parentes, quam fratres; adeoque fratris, vel unius fratrum portio major, quam unius parentum. Hoc igitur caſu partes viriles fiunt totius hæreditatis & omnium bonorum; neutro autem aliis paterna, aliis materna cedunt.

Nec quicquam frigidius, aut ineptius, ac refutatione indignius eſt, quam quod dicitur, loqui imperatorem de caſu, quando nulla ſunt bona paterna vel materna. Hoc vero eſt hariolum, non interpretem agere; neque immorandum tam crudæ & pro libidine confictæ, nec ullo momento probatæ aſſertioni. Cui præterea reclamant omnes jam allatæ rationes.

VI. Et ſane, ſi in perſonis fratrum & ſororum diſtinctio illa bonorum tenenda eſt, nulla cauſa ſufficiens allegari poteſt, cur non idem in infinitum extendendum ſit; cum illa diſtinctio jam non minus confuſa atque obliterata ſit in fratrum perſonis, quam in remotiſſimis cognatis: & tam in momento, quo liberis quæſita ſunt, deſierunt eſſe paterna vel materna, quam cum longiſſime poſt cognati ſuccedunt.

VII. Sed & alia ſequerentur abſurda, ſi paternis paterna, materna maternis conceſſa eſſent. Nam, ſi filius non haberet niſi materna, avia vel proavia materna excluderet ipſum patrem: nec paterni concurrent cum maternis, ſi bona paterna, vel alia, quam materna, non eſſent. Item uterinus excluderet conſanguineum, & concurreret cum germanis & cum eorum liberis. Et contra, ſi tantum eſſent paterna. Quæ omnia pugnant cum *d. Novell.* 118. *cap.* 2. & 3.

Et cum VIII. expreſſe diſpoſitum ſit in *d. cap.* 2. ut proximiores præferantur remotioribus, in prædicto caſu remotiores excluderent proximiores ipſumque parentem. Quæ omnia ſi conferantur cum verbis luculentis & perſpicuo ſenſu *d. Nov.* 118. longiſſime a vero recedunt.

Nec ſibi conſtant, qui hoc caſu aliud eſſe volunt, nec diſtinctionem admittunt, niſi cum utrinque pari gradu concurrant. *Theſaur. dec.* 27. *n.* 4. Quaſi vero in arbitrio cujusque ſit, legibus fines, quos lubet, ponere, & veluti cereum naſum in omnes formas ducere; nullo judicio, nulla ratione, nullo jure, contra manifeſtum legis tenorem, & ipſius rationis evidentiam.

Atque hæc ſententia communior ac receptior eſt. Et licet multi olim Bartolum ſecuti ſint, plures tamen Baldum. Vid. *Tiraqu. du Retrait lignag.* §. 14. *n.* 12. 13. ubi ab utraque parte plurimos pro more allegat. Nec *Carpz. part.* 3. *conſt.* 14. *def.* 2. & *Hartm. Piſt. d. Obſ.* 51. defugiunt facile autoritatem aſſertionis, conſtitutioni Electorali insertæ, quanquam verba ejus non ſunt diſpoſitiva, ſed mere narrativa, quæ non obligant. Verum extra Electoratum JCti, etiam Saxonici, frequentius diſtinctionem rejiciunt. *Ant. Fab. C. lib.* 6. *tit.* 33. *def.* 2. *Fachin. lib.* 6. *quæſt.* 4. & 5. *Forſter. de Succeſſ. ab int. lib.* 7. *cap.* 2. *n.* 13. *Bach. vol.* 2. *Diſp.* 16. *th.* 5. *lit. C. Hunn. Var. Reſ. lib.* 3. *tract.* 1. *Quæſt.* 31. *Dn. Struv. Exerc.* 38. *th.* 27. *Addit. Sim. Piſtor. ad Hart. Piſt. d. Obſ.* 51. *lit. a. b. c.* ubi *lit. b.* ait, *Lege Regia Bartoli ſententiam in Hiſpania exploſam eſſe*, quomodo & rejecta eſt ipſo jure Saxonico Electorali, *part.* 3. *Conſt.* 14.

Sed & ſtatutis inclytæ civitatis Hamburgenſis memorata diſtinctio bonorum nullibi attenditur; ſed omnes indiſtincte in bona ejus, cujus hæredes ſunt, ſuccedunt. *Stat. Hamb. part.* 3. *tit.* 3. *art.* 12. 13. 14. 15. 16. Equidem in perſonis liberorum merito diſtinguuntur paterna & materna, etiam jure communi; cum revera diſtinctæ ſint hæreditates, in quas ſuccedunt, alia patris, alia matris. In quo quædam diſparitas eſt; Mater enim ad ſecunda vota tranſiens, ante deductionem in domum tenetur omnia ſua bona cum liberis dividere, iisque beſſem relinquere, vel, ſi non niſi filium habeat, ſemiſſem, *d. tit.* 3. *art.* 6. cum a parte patris, aliam uxorem ducturi, ſufficiat, ſi intra 4. ſeptimanas ante concubitum liberis ſatisfaciat, & vel bona materna ipſis reddat, ſalva ſucceſſione virili in bona patris, vel edito omnium bonorum inventario jurato, trientem liberis prioris matrimonii, aut, ſi unus ſit, ſemiſſem tribuat, *d. tit.* 3. *art.* 4. utrobique quibusdam reſervatis, quæ latius exponuntur *d. art.* 4. & 6. Verum de eo hic non quæritur, ſed de caſibus, quibus bona paterna & materna, ſemel jam aditione confuſa, ad alios devolvuntur.

Ita ergo abunde demonſtrata ſententiæ veritate, ſupereſt, ut reſolvantur dubia antea allata. Illa vero haud levia videntur, nec patroni hujus ſententiæ ſcrupulum omnem eis exemiſſe; quod firmavit adverſantium caſtra. Primum igitur obſtat maxime *L.* 13. §. *Ideoque. C. de Legit. hær.* ubi filio emancipato mortuo, qui reliquit patrem & fratres, hi ſuccedunt in proprietatem,

prietatem, exceptis bonis maternis, in quæ ex eadem matre nati soli succedunt. Cui congruere videtur *L.* 4. *C. de Secund. nupt.* Et *Nov.* 84. *c.* 1. bona materna distinguuntur a reliquis, & consanguinei inde excluduntur. *d. Nov.* 84. *cap.* 1. Deinde objicitur *L.* 3. *C. de Bon. quæ lib.* ubi itidem excipiuntur bona a matre vel a materna linea profecta, ibi: *si autem idem nepos superstitibus tam patre, quam avo paterno, diem suum sine liberis obierit, eorum dominium, quæ ad ipsum ex matre, vel ab ejus linea pervenerunt, non ad avum, sed ad patrem ejus perveniant.*

Ad hæc varie respondent: Fachineus ait, *in d. L.* 13. non agi de uterinis, sed germanis. Hunnius, agi de successione collateralium. Bachovius, de casu patris superstitis, eaque specie evidentiorem esse distinctionem bonorum &c. Denique in his textibus jus vetus contineri, & esse alios casus.

Verum ne quid dissimuletur, hæ responsiones neque objectis textibus, neque reliquo juri convenire, neque difficultates sustulisse videntur. Nec sufficiet regerere, alium casum esse, nisi & idonea differentiæ ratio afferri possit. Et sane casus *d. L.* 13. non videbatur esse absimilis. Neque tam his responsionibus convulsa est sententia adversaria, quam fluxa earum varietate magis suffulta, alteraque suspecta reddita. Diligentius igitur eximendi sunt scrupuli.

Et primum quidem in genere responderi potest, ex iis, quæ tradita sunt *supr.* §. 3. *ex præf. Nov.* 118. quod ea edita, Justinianus jura vetera successionum tollere, omnemque ab intestato succedendi formam nova ista constitutione definire ac comprehendere voluerit. Ut adeo non amplius jura successionis ex antiquis legibus demonstrari possint, nisi & novæ huic legi conveniant.

Cæterum, ne quid dubii aut difficultatis reliquum sit, plenius causam evolvemus. Notandum itaque est (1) illo jure adhuc durasse differentiam inter cognatos & agnatos, seu legitimos: & hos illis omnino esse prælatos, etiam jure Prætorio, ex capite, unde legitimi: adeo ut sensim quidam ex ordine cognatorum translati fuerint in ordinem legitimorum, eo effectu, ut simul cum iis succederent, & cognatos alios excluderent jure legitimorum. Quomodo Anastasius liberis emancipatis concessit, ut jura legitimorum inter se, & cum iis, qui in potestate mansere, fratribus & sororibus salva & integra retinerent, quoad tutelas & successiones, quasi emancipati non essent, *L.* 11. *C. de Legit. hær. d. L.* 13. §. 1. *L.* 15. §. 1. *C. eod. tit.*

Quod

Quod Justinianus ipsis etiam fratribus uterinis, qui natura sua cognati saltem erant, permittere haud dubitavit. *d. L.* 15. §. 2.

(2) Patrem vel jure patriæ potestatis omnia filiorumf. bona, etiam castrensia occupasse, *L.* 2. *L.* 9. *ff. de Castr. pec.* qui proinde ab. intestato hæredem habere non poterant. Quemadmodum & emancipatorum bona jure quodam patronatus pater asseruit. §. 1. *in fin. de Bon. poss.* §. *fin. de Leg. agn. succ.* Atque ita pater avique paterni liberis successere, in potestate constitutis, jure dominii; reliquis, jure quodam patronatus.

Ab hoc jure exemta primum sunt bona a matre vel a materno genere profecta, quæ Patribus non fuere acquisita, nisi quoad usumfructum, & in quibus liberi ipsi hæredem habere potuerunt. *L.* 1. *& tot. tit. C. de bon. matern.* Quod deinde extensum fuit ad lucra nuptialia conjugum, qui in potestate parentum adhuc erant, & ipsis similiter, non eorum patribus proprietate acquirebantur: unde & in iis habere hæredem potuerunt. *L.* 1. *& LL. seqq. C. de Bon. quæ lib.*

Igitur tum non fuit regulariter alia hæreditas liberorum quam bona materna, & memorata lucra, cum reliqua pater jure peculii occuparet. Unde tum quæsitum fuit, quos in illis bonis hæredes habituri essent. Et ordo talis constitutus fuit, ut primum succederent ipsorum liberi: deinde fratres & sorores ex eodem matrimonio, unde illa bona profecta sunt, nati: tertio fratres & sorores ex alio matrimonio nati; & denique, si horum nulli superessent, tum demum patri acquirerentur. *L.* 4. *C. de Bon. quæ lib. L. fin. C. Comm. de success.*

Hinc jam alia dubia suborta sunt, & inprimis in *d. L.* 13. si filius emancipatus mortuus sit vivo patre, utrum ejus bona patri acquiri deberent, *juxta* §. 21. *sup.* an hæreditario jure ad fratres pervenire. Et constituit Imp. hæc quoque bona ad exemplum maternorum & lucrorum nuptialium eximenda esse ab adquisitione patris, ut in iis quoque filii hæredes ab intestato habere possint. Unde tertia hæc bonorum species facta est, in qua filii hæredem habere poterant ab int. scil. (1) *Materna, d. L.* 1. *C. d. Bon. mat.* (2) Lucra nuptialia, *d. L.* 1. *C. de Bon. quæ lib.* (3) Bona a filiis emancipatis vivo patre relicta, *d. L.* 13. *C. de Legit. hær.*

Unde iterum quærebatur, in his bonis emancipati quinam hæredes esse deberent? Et conveniens fuit juribus tum editis, ut in his bonis proxime succederent fratres & sorores emancipati: quia his ab Anastasio jura legitimorum

morum reſervata fuere: *per* §. 20. & illi ergo excluſere patrem in his quoque bonis. Cæterum in maternis bonis & lucris nuptialibus ordo ſuccedendi jam ante definitus fuit, ut illi primum ſuccederent, qui ex eodem matrimonio, unde bona illa & lucra pervenere, *per* §. 23. quem proinde ordinem intactum & ſalvum reliquit Imp. *in d. L.* 13. *in fin.*

Hinc vero jam omni luce evidentius eſt, textum *d. l.* 13. nihil officere, minimeque omnium ex ea probari, paterna paternis, materna maternis dividenda eſſe. Non enim diſtinguitur ibi inter materna & paterna, ſed inter materna & reliqua emancipati filii bona omnia, qui in illis jam antea habuit hæredem, *per* §. 23. In his, excluſo patre, qui antea ea acquirebat, eos permiſit eſſe hæredes, qui & alias defuncto proximi & legitimi eſſent, ſcil. fratres & ſorores, *per* §. 20.

Sed nec reliqua iſta bona emancipati ſoli paterno lateri quæſita ſunt, ſed omnibus fratribus & ſororibus; & e contrario pater ipſe avique paterni excluſi, *d. l.* 13. §. 1. *&* 2. Quin nec materna ſolis maternis conceſſa; ſed primum iis, qui eodem, tunc deinde, qui alio matrimonio nati, *per* §. 23. Adeo ergo ex illa lege non apparet, paterna paternis, materna maternis dividi, ut potius omnia in contrarium pateant.

Denique tota quoque cauſa *d. L.* 13. penitus mutata atque inverſa eſt per *Nov.* 118. & proinde nullum inde argumentum duci poteſt. Etenim tum pater avique paterni non ſuccedebant jure hæredis, ſed jure domini vel patroni, quæ tota ratio abolita eſt *per Nov.* 118. poſt illam nunquam aliter quam ut hæredes. In *d. L.* 13. pater avique paterni excluſi ſunt a fratribus omnibus: in *d. Nov.* 118. a nullo fratrum: ſed contra cum germanis conjuncti, reliquis omnibus prælati ſunt. In *d. L.* 12. diſtinctio adhuc fuit inter legitimorum & cognatorum ordines: illa vero per *d. Nov.* 118. *cap.* 4. univerſaliter ſublata & in totum rejecta eſt. In *d. L.* 13. liberi nondum habebant proprium hæredem, niſi in certis bonis, maternis & lucris nuptialibus; eaque regulariter ſola eorum erant hæreditas: at in *d. Nov.* 118. in omnibus bonis hæredem habent. Unde non amplius diſtingui poteſt inter materna, paterna, & alia; ſed, perinde ut alii, hæredem nunc habent univerſalem, qui in omnia æque jura ſuccedit, uti alii hæredes; cum olim non haberent niſi in certis rebus. Quæ ratio vel ſola ſubruit intentionem adverſantium. In *d. L.* 13. longe alius ordo ſuccedendi inter fratres fuit, ac in *Nov.* 118. ut collatis textibus patet. Et certum proinde manifeſtiſſimumque, *ex d. L.* 13. nihil afferri poſſe ad ſtabiliendam prædictam diviſionem.

Reliquæ leges jam non obſtant, ſed conſentiunt. Etenim prædictis conſequens eſt, quod in *L.* 4. *C. de ſecund. nupt.* dicitur, liberos in bonis maternis & lucris nuptialibus hæredes habere deſcendentes ſuos, nec ea acquiri Patri jure dominii ut reliqua bona.

Ita & in *Nov.* 84. *cap.* 1. in cujus caſu pater jam mortuus fuit. Imperator provocat ad priores leges, & ex iis caſum decidit; hoc ſaltem addito, quod quo ordine fratres & ſorores in bonis maternis & lucris nuptialibus patre vivo ante ſuccedebant, eodem & in reliquis bonis (in quibus liberi, quippe ſui juris, hæredem omnino habent) ſuccedere deberent. De diviſione vero paternorum & maternorum inter paternam maternamque lineam ne verbum quidem.

Similiter *in L.* 3. *C. de Bon. quæ lib.* nihil refertur de prædicta diviſione, ſed tantum dicitur, quod lucra nuptialia & bona materna non debeant jure peculii & poteſtatis avo paterno acquiri per nepotes, ſed, his mortuis nulliſque fratribus ſuperſtitibus, jure hæredis ad patrem, non jure peculii ad avum, in cujus poteſtate pater eſt, pertinere, niſi quoad uſumfructum. Quæ omnia prædictis accurate conveniunt. Atque ita effluit & evaneſcit vaniſſimum illud de diſtinctione bonorum commentum.

Id enim relatu indignum, & nimis ridiculum videtur, quod quidam ex §. 1. *Per quas perſ. cuiq. acq.* afferunt; *Quæ invidia eſt, quod ex patris occaſione profectum eſt, hoc ad eum reverti?* Ita enim nec hodie liberi hæredem in bonis a parentibus acquiſitis habere poſſent, ſed ſemper aſcendentes in iis præferentur deſcendentibus. Ratio ſcil. datur, cur peculium profectitium filiis non acquiratur. Quid hoc ad hæreditatem eorum, quæ filiis acquiſita ſunt.

Quod autem Carpzovius *part.* 3. *conſt.* 14. *def.* 7. inquit: Diſtinctionem bonorum, etſi in ſucceſſione abrogatam, in diviſione hæreditatis obſervandam eſſe, non juris neceſſarii aut perpetui, ſed arbitrii judicis eſt; qui de eo pro re nata ſtatuit, quod æquius meliusque eſt.



LIB.

LIB. XXXIX. TIT. I.

DE

OPERIS NOVI NUNCIATIONE.

Qv. I. *Quid requiratur, ut operis novi nunciatio rite fiat?*

RESP. A parte *nunciantis* requiritur, ut habeat jus in re, *l.* 1. §. 7. *h.* quia arcere alios a re eſt domini; (2) Ut juret de calumnia, *l.* 5. §. 14. *h.* A parte *nunciati* requiritur (1) opus ſolo junctum, *l.* 1. §. 11. *h. t. l.* 21. §. 3. *h.* (2) inchoatum, nondum tamen perfectum; (3) novum, *l.* 1. §. 11. *h.*

Qv. II. *Cur contra novantem in ſuo verbali, in alieno reali nunciatione opus ſit?*

RESP. *Verbali* nunciatione adverſarium poſſeſſorem facimus, *L.* 1. §. 6. *L.* 5. §. 10. *h.* cum ergo rem alterius non poſſideamus, non poteſt non verbalis nunciatio fieri: at in noſtro fundo ſecus, ibi opus omnino eſt facto; nam qui opus in noſtro ſolo facit; hoc ipſo tenet ſolum noſtrum naturaliter. Non ergo retinemus noſtram poſſeſſionem verbis; quia poſſeſſio in mero facto conſiſtit, & aliud eſt poſſidere, aliud dicere ſe poſſidere. Uti igitur ad acquirendam poſſeſſionem non ſufficiunt verba, ita nec ad retinendam, ſed facto opus eſt, *L.* 7. *de Acquir. vel amitt. poſſeſſ.* nec verba valent contra factum.

Lauf. pag. 547. verb. *utimur verbali &c.*

Hoc factum autem etiam actu ſymbolico exerceri poteſt, quemadmodum enim acquiri poteſt poſſeſſio actu ſymbolico, quo res conſtituitur in noſtro poteſtate, ita & retineri & alter repelli poteſt; talis autem actus eſt jactus lapilli; quia eo continetur ingreſſus in fundum, ubi fit jactus, animo prohibendi. Idem quoque eſt, ſi publice per Prætorem nunciatio fit, quia autore quoque Judice defenditur poſſeſſio, *L.* 6. *L.* 7. *de Acquir. vel amitt. poſſ.*

Latiſſime hanc quæſtionem tractat *Dn. Par. in Diſp. De Jure ejus quod facti eſt, Sect.* 5. §. 10. *ſeq.* verba ejus hæc ſunt: Hinc vero demum liquet, cur, ſi alius in noſtro opus faciat, novum opus verbis nuntiando, amittamus poſſeſſionem, non, ſi lapilli jactu, vel auctore judice. *L.* 1. §. 6. *l.* 5. §. 10. *ff. Nov. op. nunc.* Nam ille, qui opus in noſtro facit, neceſſario poſſeſſionem noſtram ingreſſus eſt, & partem, in qua facit, animo & cor-

 pore

pore tenet. Hunc ergo nudis verbis non dejicimus, ſed prorſus amittimus poſſeſſionem, ſi verbis tantum novum opus nunciamus, non auſi corpore ingredi, & alterum expellere. Contra, certum eſt, retinere nos poſſeſſionem, ſi interdictis retinendæ coram judice eam tueamur, vel opus ipſum expellendi alterius animo ingreſſi, animum illum coram Notario, lapillis, quos ex opere decerpimus, jactis teſtemur; eo enim jactu prohibendi cauſa facto, id ſignificari expreſſe traditur in *L.* 10. *§.* 1. *ff. quod vi, aut clam*: cumque modum hodie in uſu eſſe, & teſtato fieri ſolere tradunt *Groenew. de Leg. abrog. ad l.* 5. *§.* 10. *ff. Op. nov. nunc. Volckmann. de Notar. apud Meier. Coll. Arg. eod. tit. §.* 13. *Mindan. L.* 2. *c.* 30. *n.* 12.

Unde patet, quam præceps ſit eorum ſententia, qui hanc differentiam inter verbales, & reliquas nunciationes uſu ſublatam, jactant; uti *Mindan. d. c.* 30. *n.* 20. 31. (qui id, exemplo Cameræ, paulo ante *n.* 16. allato, probari putat) eumque ſecuti; *Hahn. ad Weſ. de Op. nov. nunc n.* 9. *ad verba: Cum in ſuo. Struv. Syntagm. Jur. Civ. Exerc.* 39. *Th.* 3. *Lauterb. ad d. t. p.* 548. *pr.*

Nemo enim dixerit, uſu ſublata eſſe ea, quæ ex media natura poſſeſſionis, certiſſimoque jure tradita ſunt, *Theſ.* 5. 10. 11. & quotidie ita obſervantur. Atqui inde deſumtum & tale eſt, quod de novi operis nunciatione, ejusque differentiis jure conſtitutum eſt.

An etiam hodie poſſeſſionem, quam alius animo & corpore invaſit, nudis verbis retinemus? Et annon e contrario: eam conſervamus hodie judicio retinendæ interdictis, vel ſi corpore alterius prohibendi gratia ingredimur, idque ſolitis ſignis teſtamur. Sane, cum fundi, quem non poſſidemus, novam quotidie acquiramus poſſeſſionem, ſi eum per nos vel alios ingreſſi, glebam terræ, aut partem materiæ exciſam, animo apprehendendi inde auferimus: quis neget, quod hujusmodi ſymbolis multo magis retineatur poſſeſſio, quam habemus: cum longe facilius ea retineatur, quam acquiratur. *L.* 30. *§. pen. ff. de A. A. P.* Et frivolum omnino eſt, quod Mindanus ad exempla Cameræ *d. n.* 16. provocat: cum ibi de hac differentia, reſpectu poſſeſſionis, ne quæſitum quidem, vel cogitatum fuerit, ſed tantum de eo actum, an in omni ſpecie nunciationis mandata ſine clauſula decerni poſſint. Et in ea re in contrarium itum fuit.

Adeoque manifeſtum eſt, hoc teſtimonium de contraria praxi ortum eſſe ex errore, & eo, quod vim ac cauſam hujus differentiæ (quam liquidam ex ratione juris eſſe, jam apparet), non ſatis perceperint.

Quan-

Quantopere autem in ratione hujus differentiæ diſſenſerint, & laboraverint *Dd.* ipſi vulgo fatentur. *Vid. Perez. C. de Op. nov. nunc. Duar. ad ff. d. t. c. 6. verſ. Alia difficultas. Bach. ad Treutl. vol. 2. Diſp. 18. th. 2. lit. E. Wiſſenb. p. 2. Diſp. 15. th. 8. Brunn. in l. 3. n. 5. & 6. ff. d. t. &c.* Unde firmari videtur, quod duo ſummi inter Belgas JCti Viglius & Huberus queruntur, Doctores magis per inſcitiam, quam per mutatos ſeculi mores juris rationem aboleviſſe. *vid. Huber. Praelect. ad tit. Inſt. de teſt. Ord.*

Qv. III. *An etiam is nunciare poſſit, qui ſervitutem in eo fundo habet?*

AFFIRM. *L. un.* §. 3. *de Remiſſ. L.* 6. *ſi ſerv. vind.* *Laut. pag. 548 verb. qui habet.*

OBJ. *L.* 14. *h.*

RESP. Ceſſat nunciatio non ob defectum juris in nunciante, ſed in opere; quia opere illa via jam ſublata fuit; adeoque fruſtra nunciat, ne peragat facere, ratione enim viæ impediendæ opus jam eſt perfectum.

Qv. IV. *An etiam illi, qui jus ſaltem ad rem habent, nunciare poſſint?*

NEGATUR, *L.* 3. §. 3. *h.* Nam a parte facientis nunciatur opus, non perſona, i. e. prohibetur opus fieri, non perſona facere. Unde etiam ſi plures ſint operis domini, ſufficit uni nunciari, quia in rem fit; *l.* 5. §. 5. *h.* & unum ſaltem cavere, *l.* 21. §. 5. *h.* quia individua eſt. *d. L.* *Laut. pag. 548. verb. non etiam &c.*

At poteſt quis jure & nomine domini nunciare, quod & ſervus facere poteſt: ſunt enim quaſi cuſtodes rei & eis cuſtodia commiſſa videtur. *L.* 1. *C. ſi per vim.*

Qv. V. *An nunciatio quoque fieri poſſit in loco ſacro vel ſancto?*

AFFIRM. *L.* 1. §. 17. *h.* *Laut. pag. 549. verb. ſacro.*

OBJ. *L.* 1. §. 1. *h.* ubi interdictum quod vi aut clam &c. datur, ſi quid in loco ſacro vel ſancto factum eſt.

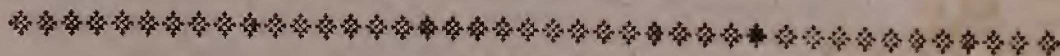
RESP. Loquitur de caſu, ubi perfectum jam eſt opus: tunc enim ceſſat nunciatio & interdictum illud datur.

Qv. VI. *An morte nunciantis exſtinguatur nunciatio?*

Laut. pag. 549. verb. morte nunciantis &c.

Putat autor exſtingui, ſi res integra adhuc ſit: ſed in genere dicendum, exſtingui morte nunciantis; quia nunciatio merum factum perſonæ eſt, quod cum perſona neceſſario exſtinguitur, & nec dum ex ea ullum jus vel remedium natum eſt, quod ad hæredes tranſire poſſet: ſemper ergo morte nunciantis finitur; quia facta non tranſeunt. Idemque ergo eſt, ſi alienaverit; quia facta ad ſingularem ſucceſſorem minus tranſeunt, *d. L.* 8. §. 6. *h.* Hæres ergo vel ſucceſſor denuo nunciare debet; quia ipſe quoque ut dominus jus nunciandi ſuo jure habet.

At ſi poſt nunciationem alter opus fecit, jam actio & interdictum in *d. L.* 20. §. 6. natum eſt vivo nunciante, quod omnino ad hæredes pertinet, & perpetuum eſt, de quo eſt *d. L.* 20. §. 6. *L.* 22. *h. t.*



LIB XXXIX. TIT. II.

DE

DAMNO INFECTO ET DE SUGGRUNDIS ET PROTECTIONIBUS.

Qv. I. *An mandato magiſtratus municipalis cautio injungi poſſit?*

Diſſent. Laut. pag. 550. verb. & magiſtratus & pag. 552. non etiam.

Affirm. Lauterb. *h. t.* ſed rectius negatur *L.* 26. §. 1. *Ad munic.* quia jubere cavere magis imperii eſt, *L.* 4. *de Jurisd.* Sed Prætor aut Præſes iis mandare debuit jurisdictionem ſuam ob periculum in mora *L.* 1. *h. t. L.* 4. *eod.* qua ratione hodie omnibus magiſtratibus competet; quia lege mandata intelligitur: ſi tamen alteri jurisdictio cum mero mixtoque imperio, alteri die bloße Gerichtsbarkeit eſt data, jure ille competit.

Qv. II. *An cautio hæc extraordinaria perſecutione petatur?*

Laut. pag. 550. verb. factum extraordinaria &c.

Affirm. *Laut. h.*

Neque Obst. *L.* 7. §. 1. *L.* 33. *h.* ubi actio datur.

Resp. Etiam perſecutiones nomine actionum veniunt.

Qv. III.

Qu. III. *An etiam bonae fidei possessor possit cavere*

AFFIRMATUR; & vix quæstio esse potest, si adhuc est b. f. possessor; quia tunc habetur pro domino, & nomine suo, non alieno tenet; si vero lis ei movetur, eoque desinat esse bonæ fidei possessor, debet adhuc cavere, ne ipsi scientia rei alienæ prosit; & melioris sit conditionis, quam b. f. possessor, qui nescit rem esse alienam, *L.* 13. *pr. h.*

Laut. pag. 550. verb. *dominus etiam minus &c.*

At b. f. possessori, qui a non domino emit, lite mota, caveri nequit, *l.* 13. §. 9. *h. L.* 11. *h.* (ubi excipitur solus creditor pignoris,) quia exactio cautionis res facti est, & actio, quæ non datur ei, qui jam scit, rem alienam esse, *arg. l.* 48. §. 1. *de Acq. rer. dom.* sed requiritur hic bona fides etiam eo tempore, quo agitur.

At bene notandum, hunc b. f. possessorem repromittere saltem, tanquam suo nomine possidens, non vero satisdare tanquam possidens alieno nomine, *d. L.* 13. *pr.*

Qu. IV. *An fructuarius caveat?*

RESP. Cavet ipsi domino ratione operis, quod facit, ne rei domino noceat, non vero ratione ædium, quæ forte ruinosæ sunt, & non reficiuntur a fructuario: nam hactenus satis cautum est domino ordinario remedio cautionis fructuariæ, *boni viri arbitratu se usurum. L.* 20. *l.* 18. §. 2. *vers. ergo &c. h. t.*

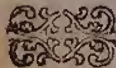
Laut. pag. 551. verb. *Usufructuarii &c.*

Contra dominus cavet fructuario tantum de vitio soli, non ædium, *d. L.* 20. *d. l.* 18. §. 2. quia refectio ad ejus ipsius (domini) onus pertinet, *d. L.* 20. quæ proinde contrariatur *d. L.* 18.

Qu. V. *An ex secundo decreto magistratus municipalis mittere possit?*

NEGATUR: quia hæc pars ipsi delata specialiter non est a Prætore, *l.* 4. §. 4. *h.* At hodie etiam minoribus magistratibus specialiter concessa videtur: nisi civilium jurisdictionum gradus in loco sint, quia magis imperii est, quam jurisdictionis.

Laut. pag. 551. verb. *non etiam &c.*



LIB.

LIB. XXXIX. TIT. III.

DE

AQUA ET AQUÆ PLUVIÆ ARCENDAE.

Qv. *An actio haec ſit in rem ſcripta?*

Diſſent. Laut. pag. 552. verb. in rem ſcript.

NEGATUR, ſed ex natura rei contra poſſeſſorem datur; quia agitur ad reſtitutionem operis; reſtituere autem non poteſt, niſi is, qui opus factum poſſidet, uti in noxalibus & ad exhibendum, ſed & ad inſtar ſervitutum competit, ſeu potius ex ſervitutis naturalis exceſſu, & agit ſuperior contra inferiorem, ne naturalem aquæ curſum opere inhibeat, quo actio confeſſoriæ ſimilis eſt.

LIB. XXXIX. TIT. IV.

DE

PUBLICANIS ET VECTIGALIBUS.

Qv. I. *An duplum & quadruplum, quod actione ex edicto contra publicanos perſequimur, etiam rem contineat?*

Laut. pag. 554. verb. quod etiam.

AFFIRMATUR *l.* 5. §. 1. *l.* 9. §. 5. *h.*

OBJ. *l.* 1. §. 4. *h.* ubi actio dicitur pœnalis.

RESP. Pœnali actione liberari dicitur, qui rem reſtituit; quia pœnam ex ea non cogitur ſolvere re reſtituta, non quia mera pœna eſt: quin dicuntur quoque pœnales, quia ſimplum quoque ſequitur naturam pœnæ, ut in *l.* 16. §. *ſ. Quod. met. cauſ.*

Qv. II. *Unde dicantur commiſſa?*

RESP. A pugna, quæ committit dicitur, dum incipit, & applicatur ad ea, quæ directo contra legem fiunt; nam quia pœna contra transgreſſorem lege ſtatuta eſt, in eo momento, quo contra legem peccatur, pœna commiſſa eſt. Vid. *late ſupr. tit. de Lege commiſſoria q.* 1.

Qv. III.

Qv. III. *An, ſi nauta vel auriga vectigal non ſolvit, ipſae merces cadant in commiſſum, an vero tantum nautae navis, & aurigae equi &c.*

Poſterius affirmatur: nam (1) commiſſum ſupponit defraudationem vectigalium, *L.* 14. *L.* 11. *C. de Publ. & vect.* & contra eum obtinet, qui crimen contraxit, *L.* 14. *ff. h. L.* 8. *pr. eod.* adeoque qui dolo egit, & ideo punitur; at dominus mercium neque defraudavit vectigal, adeoque nec doli, nec criminis reus eſt, indeque nec pœnam pati poteſt. Sane (2) res duriſſima foret, ſi dominus mercium ob dolum aurigæ vel nautæ puniri deberet, cum naturæ regula ſit, neminem ex alieno delicto pœnam pati debere. Equidem (3) non ſufficit ratio; imputari domino, quod elegerit fraudulosum nautam &c. nam mala hæc electio crimen non infert, quod requiritur in materia commiſſi. Commerciorum natura requirit operam nautarum, & praeſumtio eſt pro bonitate eorum &c. nihil ergo imputari poteſt ei, qui bona fide merces ſuas committit ei, qui ſolet operam publice locare pro transvehendis mercibus. Idque (4) diſertis verbis quoque traditur in *L.* 8. §. 1. *ff. de Public. & vect.* ubi, licet unus cohaeredum rem communem cauſae vectigali ſubripiat, tamen portiones caeteris non auferuntur. Sed & (5) in *L. fin.* §. 11. *eod.* dominus non punitur ex facto coloni & ſervi, qui ignorante Domino ferrum fecere, adeoque mala electio coloni vel ſervi in delictis non imputatur Domino. Ita (6) in *L. fin.* §. 2. *eod.* dicitur, mancipiis commiſſis res peculiares (quae domini ſunt), non eſſe in ea cauſa, ſed ſolum hoc, quod NB. *proprio nomine* in commiſſum incidit. Quin (7) licet merces illicitae vehantur, tamen ſi illi, quos dominus elegit abſente & ignorante domino illicite aliquid navi impoſuere, navis non committitur. *l.* 11. §. 2. *ff. eod.*

Laut. pag. 553. verb. *Non etiam.*

Neque Obst. *L.* 60. §. 7. *Locat. L.* 23. *ff. de Min. L.* 10. *C. d. Procur. L. f.* §. 4. *Naut. caup.* in quibus omnibus domino imputatur, quod fraudulosi hominis operam elegerit. In *L.* 60. dominus, qui mulionem mihi locat, tenetur ex mala electione, ſi negligentia mulionis mulus meus perit: in *L.* 23. *ff. de Min.* domino, qui minori negotia ſua commiſit, non ſuccurritur, quia ei imputatur, quod tali commiſerit, in *L.* 10. *C. de Procur.* negligentia univerſalis nocet domino ob malam electionem; in *L. f.* §. 4. *Naut. caup.* exercitor ex damno tum ab hoſpitibus, tum ab iis, quorum operam elegit, dato, tenetur. Pari igitur ratione etiam ex mala electione videtur teneri is, qui fraudulofo nautae merces commiſit. Verum inſignis ratio differentiae hic ſubeſt: nam (1) falſum eſt, dominum elegiſſe aurigam; auriga enim publice profitetur vecturam, & operam ſuam locare ſolet, natura autem commerciorum ea eſt, ut neceſſario opera aurigarum merca-

mercator uti debeat, dominus igitur non tam elegit, quam neceſſitate coactus, res ſuas ei commiſit. Sane (2) mercator aurigae vectigal ſolvendum dedit, (nam ſub vecturae pretio quoque continetur vectigal), eoque magis iniquum foret, innocentem dominum ex dolo aurigae re, ſua privare velle. Alias (3) ex eadem ratione ſequeretur, quod ſi opifex, cujus operam conduxi, dejiciendo vel effundendo damnum dederit, contra me de damno dato agi poſſet; quia mihi imputari deberet, quod opera negligentis vel imprudentis opificis uſus ſim. Sed & (4) ponamus, dominum ex mala electione aurigae, adeoque quaſi ex delicto teneri, in jure non alius effectus malæ electiones eſt, quam quod damnum inde datum reſarcire, non vero delicta luere, criminisque ab electo commiſſi pœnam ſubire debeat. Neque ullibi dicitur, quod eligens ultra damnum datum aliquid ſolvere, nedum quod crimina ab electo commiſſa ei imputari debeant.

Atque hanc ſententiam defendunt *Laut. p.* 555. *ibique Bocer. de Regal. c.* 2. *n.* 211. *Add. Struv. Ex.* 50. *h. t.*

Qv. IV. *An, ſoluto vectigali, dominus territorii teneatur reſarcire damnum a latronibus datum, ſi ſalvum conductum non habuerint tranſeuntes?*

Laut. pag. 556. verb. *ſive non impetraverint &c.*

Affirmatur, *arg. L.* 3. *L.* 13 *pr. de Off. Praeſ. L.* 1. §. 12. *de Off. Praefect. urb. L.* 7. §. 8. & 9. *C. de Off. Praeſ. Praet. Afr.* ubi Præſides provinciæ purgare provinciam a malis hominibus tenentur: nam ob id quoque vectigal ſolvitur, ut tutum ſit iter. Vid. *Laut. h. ibique Dd.*

Obj. *arg. R. I. de ann.* 1559. §. Damit denn die Obrigkeit.

Resp. Ibi ex Lege Imperii cavetur ſpeciali conducti, quo non excluditur reſtitutio ex jure communi; quin ſemper magiſtratus & tacite dare conductum intelligitur vi officii. Atque ita in §. 33. *d. R. I.* dicitur, quod tutum debeat præſtare iter.

Sane cum ipſe diſſentiens *Carpzovius p.* 2. *q.* 91. *n.* 61. fatetur, pœnam contra magiſtratum negligentem eſſe arbitrariam, minimum pœnæ eſt, ut ſimplum reſtituatur culpa ablatum.



LIB. XXXIX. TIT. V.

DE DONATIONIBUS.

Qv. I. *An pactum, quo fit donatio, fit legitimum?*

AFFIRMATUR, *L.* 35. §. *f. C. h.* *Laut. pag.* 556. *verb. est pactum legitimum.*

OBJ. *L.* 17. *C. de Fid. instr. L.* 7. *C. de His, quae vi metusve. L.* 8. *pr. de Praescr.* 30. *ann.* ubi contractus dicitur.

RESP. Voce generali contractus pactum quoque continetur: *arg. L.* 20. *de Judic.* sed & fieri quoque per contractum potest, scil. per stipulationem, & tunc erit contractus.

Vinnius ad §. 2. *h. n.* 2. distinguit, an quis verbis de præsenti donaverit, an verbis de futuro; illo casu esse pactum legitimum, non hoc; sed postquam Imperator ex hoc pacto actionem dedit, utroque casu ea locum habebit, inprimis cum ex genio linguæ germanicæ verba illa: **ich will dir schenken,** obligationem de præsenti inferant.

Qv. II. *An insinuatio donationis fieri possit etiam coram non competente judice?*

AFFIRMATUR; quia donatio ibi fieri intelligitur, ubi insinuatur; & sic hoc ipso competens est; quia donatio coram eo fit, *L.* 27. *L.* 30. *C. h.* *Laut. pag.* 557. *verb. hinc fieri potest.*

OBJ. *L.* 32. *C. h.*

RESP. Singulare est in urbe regia, scil. Constantinopoli, quod cives non debeant in municipiis donationes insinuare; quia indecorum id videtur.

Vid. *Struv.* §. 10. *h. Berger. Resol. h. q.* 2. Immobilium donationes in loco rei sitæ confirmandas esse in Saxonia tradit *Carpzov. L.* 5. *R.* 57.

Qv. III. *An donatio juramento confirmata opus habeat insinuatione?*

NEGATUR: quia omne juramentum, quod sine præjudicio animæ servari potest, implendum est, *Laut. p.* 557. *ibique Gail. Phil. us. pr. inst. L.* 2. *ecl.* 37. *n.* 2. & *n.* 14. ubi ita decisum refert. *Laut. pag.* 557. *verb. juramento &c.*

DISSENT. *Carpz. p.* 2. *c.* 12. *d.* 13. quia insinuatio est de essentia donationis, jusjurandum autem non supplet nullitates.

RESP. (1) Imo insinuatio non est de essentia donationis, sed solennitas saltem necessaria.

RESP. (2) nullitates civiles etiam juramentum supplet.

Qv. IV. *An minor, curatorem non habens, accedente Judicis decreto donare possit?*

Laut. pag. 557 verb. nec cum Judicis.

NEG. Nam minor, curatorem non habens, omnia agit & administrat, *L.* 3. *C. de in integr. rest.* sed restituitur; quia ex lubrico ætatis donasse censetur, *L.* 9. *pr. de Min.* Neque Judex ad id constitutus, ut suppleat hunc defectum decreto, sed dato curatore: frustra ergo dissentit *Carpz. L.* 5. *R.* 59.

Qv. V. *An mater liberis suis donare possit?*

Dissent. Laut. pag. 558 verb. ut & mater &c.

NEGATUR; quia mater per filium donaret conjugi, in cujus potestate filius est. Et hoc expresse ita traditur in *l.* 3. §. 4. *de Don. int. vir. & ux.*

OBJ. *L.* 3. *C. de Rev. don.*

RESP. Ibi expresse id ad emancipatos restringitur.

Qv. VI. *An donatio omnium bonorum valeat & quidnam sub ea contineatur?*

Laut. pag. 558. verb. omnia bona.

RESP. Valet omnino donatio omnium bonorum; quia is, qui donat, de suo disponit, nec ulla Lex impedit. Conf. *l.* 9. §. 1. *ff. L.* 3. *C. h. t. L.* 8. *C. de Revoc. don. l.* 17. §. 1. *de Jur. patr. L.* 5. *C. de Inoff. test. l.* 35. §. *f. h.*

Equidem *obstare* videtur, quod adimatur testamenti factio, quæ auferri nequit, *L.* 43. *pr. de Vulg. & pup. subst.* Sed (1) falsum est adimi testamenti factionem; nam testamentum fieri potest, etsi nihil quis in bonis habeat, ut de tutela de ære alieno, & de similibus, quæ quis post mortem fieri vult. (2) Non ipsi adimitur, sed ipse sibi suo facto adimit. (3) Si nihil habet, de quo testetur, id non est propter defectum juris, sed bonorum.

OBJ. (1) *l.* 16. §. 1. *de Jur. patr.*

RESP. Ibi alienatio in fraudem patroni fiebat.

OBJ. (2) Quod donatio sit titulus singularis, quo universitas bonorum transferri nequit.

RESP. Bona hic non tanquam universitas transferuntur, quod vel inde apparet, quia onus cum bonis non transit.

Praxis pro nostra sententia militat. *Fab. C. de Donat. L.* 8. *tit.* 36. *d.* 9. Equidem *Carpz. L.* 5. *R.* 65. pro negativa respondet, sed in *p.* 2. *c.* 12. *d.* 26. contrarium de jure verius statuit. Add. *Guid. Pap. Consf.* 214. *n.* 4. *Bocer. cl.* 2. *d.* 19. *n.* 22. *Graenw. ad l.* 35. §. 4. *C. de Donat. Autum. ibid. Grot. introd. L.* 3. *p.* 2. §. 10. *Buynon. L.* 2. *Sect.* 98. *Gail. L.* 2. *O.* 127. *n.* 4. *Clarus §. donatio q.* 19. *H. Pist. O.* 10. *Dn. Par. Hyp. Inst. de donat.* §. 10. *Struv.* §. 9. *h. ibique Evol.*

At

At quæritur: an ſub donatione omnium bonorum etiam contineantur jura. *Diſſent. Laut. ibid. verb. licet incorporalia.*

Affirmatur: quia etiam hæc ſub bonis continentur, *Struv.* §. 9. *h.*

Insto, donationem eſſe ſtricti juris, indeque ea non contineri non expreſſa, *L.* 22. *de Don.*

Resp. Utique jura intelliguntur expreſſa, quia ſub bonis comprehenduntur.

Obj. (3) *L.* 86. *pr. de Leg.* 2.

Resp. *Struv. Ex.* 35. *th.* 13. *n.* 12.

Qv. VII. *An Condictio, quæ hic ex lege datur ſit ſtricti juris?*

Affirmatur: Quia is, qui donat, nihil alieni tenet, ſed de ſuo obligatur: quoties quis autem id, quod ſuum eſt, debet, toties negotium eſt ſtricti juris. *Vid. infr. tit. de Obl. & act.* *Laut. pag. 558. verb. eſt ſtricti juris &c.*

Qv. VIII. *An uſuræ vel fructus ex re donata debeantur?*

Resp. *Uſuras* donator non præſtat; quia negotium eſt ſtricti juris: Uti nec *fructus* reſtituit, quos percepit; niſi lite conteſtata, ut in ſtricti juris judiciis, *l.* 38. §. 7. *de Uſur.* *Laut. pag. 558. verb. non etiam debentur &c.*

Obj. *l.* 41. §. 2. *de Re jud.* ubi tenetur, ut poſſeſſor quivis bonæ vel malæ fidei.

Resp. Loquitur de eo, qui fundum donavit, adeoque jam tradidit, & dominium transtulit, & iterum poſſidere cœpit; non qui pactus tantum eſt. Hoc *tum* apparet ex eo, quia Juſtinianus demum ex pacto actionem dedit, Jure Digeſtorum autem donatio non fiebat niſi traditione; *tum* ex voce: *ſi non reſtituit*, adeoque alter jam habuit, *tum*, quia jusjurandum in litem præſtatur, quod in actione ex pacto ceu negotio ſtricti juris falſum eſt.

Qv. IX. *Quid ſit inofficioſa donatio, & quid circa eam juris?*

Resp.

§. I. Inofficioſa donatio eſt qua perſonæ, quibus legitima debetur, excluduntur a legitima. *L.* 1. *L.* 6. *l.* 8. *pr. C. Inoff. don.*

§. II. Datur inde querela inofficiosæ donationis, *tot. tit. C. Inoff. don.* ad imitationem querelæ inofficiosi testamenti, *l. f. C. Eod.* Unde (1) utriusque actionis causa est una vel similis, *d. l. f.* Nimirum exclusio a legitima. (2) Idem utrobique est temporibus, *d. l. f.* unde utraque quinquennio finitur. *Brunn. & Goth. ad d. l. f.* (3) Idem utrobique est moribus *d. l. f.* hoc est, quicquid moribus, (seu ex interpretatione JCtorum. *l.* 2. §. 5. *O. J.*) constitutum est in querela inofficiosi testamenti, illud etiam observari debet in querela inofficiosæ donationis: querelam autem inofficiosi testamenti *moribus* introductam esse apparet ex *pr. Inst.* ibi: *inductum est &c. de inoff. test.*

Differt tamen querela inofficiosæ donationis a querela inofficiosi testamenti (1) quod *hæc* detur contra testamentum, *illa* contra donationem; (2) per *hanc* rescinditur totum testamentum, *l.* 8. §. 16. *l.* 13. *l.* 28. *ff. inoff. test.* per *illam* rescinditur donatio tantum usque ad legitimam. *Vid. inf.* §. 9. (3) *Illa* cessat propter justas exhæredationis causas in *Nov.* 115. *Hæc* cessat tantum propter causas ingratitudinis quæ recenientur in *L.* 8. *C. de Rev. don. Vid. Nov.* 92. *in fin.*

§. III. Est hæc querela inofficiosæ donationis actio Civilis *l. p. C. inoff. don.* Revocatoria, *L.* 7. *Eod.* Subsidiaria, *L.* 2. *L.* 4. *C. eod.* qua agitur ad legitimam aut quod legitimæ deest ex immensis donationibus, tanquam inofficiosis vindicandam *L.* 5. *L.* 7. *L. p. in f. C. Eod.*

Unde constat, si plures donationes factæ sunt, sufficere si omnes conjunctim sumptæ filium a legitima excludunt, *tum* quia leges, quæ donationem inofficiosam rescindunt, de pluribus donationibus loquuntur, *L.* 8. ibi, *si liqueat matrem patrimonium suum* DONATIONIBUS *in unum filium collatis exhausisse &c. quod* DONATUM *est pro ratione quartæ ad instar inofficiosi testamenti convicti diminuetur: C. de Inoff. don.* Conf. *L.* 1. ibi, *factis donationibus sive in quosdam liberos sive in extraneos &c. L.* 3. ibi, *immensis donationibus*, *L.* 4. ibi, *immodicas donationes. L.* 5. ibi, *per donationes vacuas secreti. L.* 6. ibi, *cum donationibus in fratrem tuum collatis. L.* 7. ibi, *in his donationibus &c. C. de inoff. donat. Nov.* 92. ibi, *antequam donationibus exhauriretur*, & mox, *qui donationibus honorati sunt*, item, *propter factam in donationibus immensitatem.* *Tum*, quia eadem ratio est, pluribus enim his donationibus excluduntur liberi a legitima quæ naturæ ipsis debetur: *Tum* quia plerique Dd. ita sentiunt. *Ant. Fab. C. h. def.* 1. *& ult. Perez. C. h. n.* 6.

DISSENTIT *Brunn. ad l.* 1. *C. inoff. don. n.* 5. qui putat primam donationem si inofficiosa non est, non rescindi; etsi cum secunda donatione juncta

cta legitimæ præjudicium faciat, quia prima donatio non fuit prohibita, indeque jus quæſitum videtur donatori.

Resp. Primæ donationi lege ineſt conditio ut valeat ſi aliæ non ſequantur, quibus junctis legitimæ præjudicium fit. Sane alias tota diſpoſitio hujus legis everti poſſet, modicas donationes reiteratis vicibus faciendo.

§. IV. Requiritur ad hanc querelam (1) *Donatio* rite facta: Unde non datur, ſi donatio eſt ipſo jure nulla, uti ſi fit ei qui in poteſtate donantis eſt conſtitutus: tunc enim reliqui hæredes agunt familiæ erciſcundæ judicio *L.* 4. *l.* 6. *C. h. ibique Brunn.* (judex tamen, ſi cæteris legitima ſalva eſt, ſequitur voluntatem patris *d. l.* 4.) Excluſio iniqua: Secus ergo ſi querentes ingrati fuerint: *Nov.* 92. Cauſæ autem ingratitudinis recenſentur in *L. f. C. Rev. don. Laut. Comp. ſol.* 558.

§. V. Datur hæc querela omnibus, quibus debetur legitima, *L.* 1. *L.* 4. *L. f. C. h.* ſive ex teſtamento ſive ab inteſtato ſuccedant. *L.* 3. *C. Inoff. don.* Adeoque (1) Liberis etiam legitimis, & emancipatis (2) aſcendentibus *d. l.* 4. *C. ibique Brunn.* (3) fratribus, ſi infami perſonæ donatum ſit, *Goth. ad d. l. f. Conf. Laut. Comp. ſ.* 107.

Equidem ipſi donatori aliquando dari querelam inofficioſæ donationis putant Dd. apud *Brunn. ad l.* 5. *C. inoff. Don.* propter *l.* 5. *C. Eod.* Verum (1) ratio querelæ ceſſat in patre, ei enim legitima in ſuis bonis non debetur, adeoque queri non poteſt eam ſibi ſalvam non eſſe, (2) repugnat naturæ legitimæ, quæ non niſi ex tempore mortis donatoris computari poteſt. Sane quamdiu vivit donator, incertum eſt, an liberi in legitime læſi ſint, quia augeri poſſunt bona usque ad mortem: Ceſſat autem querala hæc ſi augeantur poſtea bona, licet tempore donationis inofficioſa donatio fuerit. *Nov.* 92. *ibique Goth.*

Neque Obstat *d. l.* 5. *C. Inoff. don.* ubi dicitur quod legitima ad patrimonium *donatoris* revertatur.

Resp. Loquitur textus de patre, qui de jure conſulens Imperatorem Reſponſum accepit, Donationem omnium bonorum emancipatis filiis factam ob ſupervenientiam aliorum bonorum revocari poſſe. Sed intelligendum hoc eſt poſitis terminis habilibus, mortuo nimirum patre; Loqui vero Imperatores de tempore futuro patet ex ipſis verbis legis: *Si totas facultates tuas &c. in emancipatos filios contuliſti, id quod ad ſubmovendam inofficioſi teſtamenti querelam &c. liberis relinqui neceſſe eſt, ex factis donationibus detractum, ut filii &c.*

poſtea

postea nati debitum bonorum subsidium consequantur, ad patrimonium tuum NB. REVERTETUR. Dicitur igitur (1) ideo legitimam detrahi ex donationibus, ut filii postea nati debitum bonorum subsidium consequantur, in legitima autem æstimanda respicitur ad tempus mortis: dicitur (2) *revertetur*: nimirum, casu existente & mortuo donatore: Conf. *Brunn. d. l.* 4.

OBST. 2. Quod donatio ob supervenientiam liberorum ab ipso donatore revocari possit *L.* 8. *C. rev. Don. Laut. Comp. f.* 559.

RESP. Loquitur (1) de donatione extraneo, non vero filiis, licet emancipatis facta talis donatio: (2) revocatur statim, supervenientibus liberis, non vero demum tempore mortis: Neque (3) tantum usque ad legitimam, sed tota rescinditur: hinc (4) pater renunciare potest huic revocationi. *Laut. Comp. f.* 559. non vero ei quæ fit in præjudicium legitimæ, *Laut. ibid.* (5) Illa durat 30. annos &c. *Conf. Brunn. ad d. l.* 5.

§. VI. Hæredibus prædictarum personarum regulariter non competit. *arg. l. f. C. h.* juncta *l.* 6. §. *f. l.* 7. *pr. ff. l.* 5. *C. Inoff. test.* Vide tamen *Laut. Comp. fol.* 108. *pr.*

§. VII. Datur contra eos quibus inofficiosæ donatum est, ascendentes, descendentes & extraneos.

§. VIII. Objectum hujus querelæ sunt inofficiosæ donationes, *tot. tit. C. inoff. don.* (licet plures sint. *Vid. supr.* §. 3.) Secus ergo si titulo oneroso aliquid datum est. *L.* 1. §. 12. *Si quid in fraud.*

§. IX. Effectus hujus querelæ est, quod detur ad rescindendam inofficiosam donationem, *l. f. C. h.* (quæ est remedium rescindens) & petitionem portionis debitæ, *l.* 1. *l.* 2. *h.* (quæ est remedium rescissorium), de quo duplici remedio egi supra *L.* 5. *tit.* 2. *q.* 2.

Laut. pag. 558. verb. *ex parte.* Admodum autem disceptatur: an tota donatio inofficiosa rescindatur, an tantum usque ad legitimam? Posterior sententia verior est (1) per *L.* 7. *C. inoff. don.* ibi, *quod immoderate gestum est*, *revocabitur* (2) *L.* 8. *pr. C. Eod.* ibi, *quod donatum est*, *pro ratione quartæ diminuetur*: (3) per textum expressum in *L.* 87. §. 3. *Leg.* 2. ubi id quod inofficiose donatum est, non in totum, sed *pro dimidia*, (quæ ibi, legitima fuit, *Vid. Goth. ad d. l.*) revocatur. *Laut. pag.* 558. verb. *ex parte. Wesenb. C. h. n.* 5.

DISSENTIT (1) Faber *conject. L.* 3. *conj. C.* 17. propter *Leg. fin. C. de Inoff. don.* ubi dicitur querelam inofficiosæ donationis in omnibus æquiara-

paratam esse querelæ inofficiosi testamenti; Atqui per hanc tota dispositio rescinditur. *L.* 8. §. 16. *L.* 13. *L.* 28. *ff. Inoff. test.*

Resp. Lex in hoc casu speciali non æquiparavit, ut ex inspectione textuum allegatorum apparet: Ratio quoque differentiæ subest; Testamentum enim non potest pro parte rescindi, at donatio potest.

Insto, fallere hanc rationem, quia etiam per querelam inofficiosi testamenti aliquando sola institutio vitiatur salvis legatis &c.

Resp. Hoc jure novellarum demum introductum est in inofficiosis testamentis, postquam scil. Imperator certas exhæredationis causas definivit: Hoc jus extendi non debet ad donationes, ubi (α) non causæ exhæredationis observantur, sed ingratitudinis, *Nov.* 92. *in fin.* (β) certa causa exprimi non debet.

Aliter *Dissentit* (2) *Brunn. ad* L. 1. C. *Inoff. donat.* Qui distinguit *inter* donationem in extraneum collatam cum consilio fraudandi, & *inter* donationem in extraneum collatam sine consilio fraudandi, aut in aliquem liberorum cum consilio: *Illoque* casu totam donationem rescindi ait, *hoc* casu tantum usque ad legitimam: Eamque distinctionem probat ex *l.* 5. & 8. *C. Inoff. don.* juncta *l.* 87. §. 3. *leg.* 2. Nam in prioribus duobus textibus, ubi de extraneis agitur, in genere dicitur rescindi debere, cum e contrario in *L.* 87. quæ de nepote loquitur, expresse disponatur pro dimidia saltem rescindendam esse. Verum hæc distinctio (1) refellitur ex *L.* 1. *C. Inoff. don.* ubi in revocanda donatione inofficiosa extranei & liberi conjunguntur. Neque dici potest ibi non tractari casum, in quantum rescindenda, sed an rescindenda, nam implicite de quantitate agitur, quia dicitur *subveniri liberis quartam partem non habentibus*, adeoque de quarta saltem parte rescindenda agitur, quod ex ipsis allegatis textibus extra omne dubium ponitur: Nam (2) in allegata *l.* 5. diserte contrarium dicitur: agitur enim ibi de filio emancipato, adeoque de extraneo, & dicitur quod non tota donatio rescindatur, sed tantum *id quod ad submovendam inofficiosi testamenti querelam &c. liberis relinqui necesse est* (adeoque triens vel semissis) *ex factis donationibus NB. detractum &c. ad patrimonium donatoris revertatur*: (3) In *L.* 8. mater id quod a marito ipsi donatum est, consensu patris in filium emancipatum confert, & ait Imperator rem donatam in patris bonis manere ad eum effectum, ut, si in fraudem legitimæ reliquorum liberorum id fiat, idem obtinere debeat, quod in matris bonis: At in matris bonis quod donatum est, non in totum rescinditur, sed pro ratione quartæ saltem NB. diminuitur. *d. l.* 8. *pr.* Conf. *Wesenb. C. Inoff. don. n.* 5. Quæritur an rescis-

ſa donatione fructus quoque legitimæ vindicentur a donatario; Affirmat *Treutlerinq. L. 3. tit. de Donat. Ref.* 4. n. 13. Sed contrarium verius eſt. Nam (1) Dominus interim factus eſt donatarius, adeoque jure dominii percepit fructus: Nec (2) retro nulla redditur donatio, ſed reſcinditur ex cauſa ſuperveniente. Sane, (3) bonæ fidei poſſeſſor lucratur fructus, *L.* 48. *pr. Acq. rer. dom.* nedum rego is qui vere dominus eſt.

§. X. Legitima hic non eſt portio portionis ab inteſtato debitæ, ſed portio portionis tempore donationis debitæ, *Nov.* 92. *c.* 1. ibi: *neceſſarium habeat in diſtributione hæreditatis tantam unicuique filiorum ſervare ex lege partem, quanta fuit priusquam donationem faceret.* Adeo ut ſi tempore mortis non tantum in bonis habeat donator, ut ſalva filiis ſit tertia pars (vel ſemis ſi 5. aut plures liberi ſint) bonorum, quæ tempore donationis habuit, reſcindatur donatio: *d. Nov.* 92.

§. XI. Ceſſat hæc querela (1) ſi aliud remedium datur, quia eſt ſubſidiaria. *L.* 2. *l.* 4. *C. Inoff. don.* (2) In donatione militis, *arg. l. f. C. Inoff. don.*

Insto: Videtur hoc privilegium teſtamenti militaris eſſe, ne tanquam inofficioſum argui queat, quod cum ſit odioſum & rationi naturali contrarium, ad donationes extendi vix poteſt.

Resp. Falſum eſt eſſe privilegium teſtamenti militaris: Nam idem obtinet in milite, qui jure communi teſtatur *L.* 9. *L.* 24. *C. Inoff. teſt.* Sane, cum querela inofficioſi teſtamenti & donationis in omnibus æquiparentur *L. f. C. Inoff. don.* nulla ratio dari poteſt, cur non etiam ratione querelæ in milite donante idem obtinere debeat, quod in milite teſtante: Atque ita judicatum in Supremo Appellationum judicio in cauſa Bühnau c. v. Linden. An. 1719. (3) Elapſo quinquennio *L. f. C. Eod.* (4) renunciatione *Weſenb. C. h. in fin.* (5) propter ingratitudinem *L.* 5. *C. Eod. Nov.* 92. *in fin.*

§. XII. Hodie querelam inofficioſæ donationis ceſſare, & condictionem ex Lege dari quidam exiſtimant, propter *Nov.* 92. *c.* 1. *Vid. Brunn. ad l. f. C. h. t.* Verum cum in d. Novella querela inofficioſæ donationis non introducta, ſed ſaltem augmentum legitimæ, quod in teſtamentis inofficioſis definivit imperator, ad donationes extenſa ſit, non poteſt dici novam lege introductam eſſe obligationem, actionis genere non expreſſo, quo ſolo caſu *condictio ex lege* locum habet, *L. un. ff. Cond. ex lege.*

Qv.

Qv. X. *An majores & similes ingratitudinis causæ admittantur?*

NEGATUR, *d. l. f. C. de Rev. don.* ibi: *ex his tantummodo causis*; est enim hæc dispositio odiosa, adeoque restringenda. Non ergo revocatur donatio; quia non alitur, nec ex odio capitali: id enim est factum donatoris, nisi ex 5. caussis ingratitudinis conceptum sit. Conf. *Carpz. p. 2. c. 12. d. 31. Dn. Par. Hyp. Inst. h. §. 11. Struv. h. §. 15. ibique Evol. Phil. Us. pr. Inst. L. 2. Ecl. 38. n. 12. sq. ibique late Dd.* *Dissentit Laut. pag. 558. verb. majores tamen.*

DISSENTIT *Laut. p. 558. ibique Dd. & Vinn. ad. §. 2. h. arg. l. 1. §. 1. si mens. fals.* ubi Lex extenditur ob paritatem rationis.

RESP. Poena ex paritate rationis extendi debet, *Phil. d. l.*



LIB. XXXIX. TIT VI.

DE MORTIS CAUSA DONATIONIBUS ET CAPIONIBUS.

Qv. I. *An donatio mortis causa sit actus inter vivos, an ultima voluntas?*

RESP. Quoad FORMAM est actus inter vivos, & juris privati. *L. 28. h. t. l. 8. §. 3. de Bon. lib.* quia duorum consensu fit. Unde (1) ita donare possunt omnes, qui contrahere, etiam filiifamilias, usurarii &c. etsi testari non possint: nam & nihil cum hærede agitur, sed vivus cum vivo, *l. 25. §. 1. h. arg. L. 39. de O. & A.* (2) Valet, etsi nemo hæres sit, vel indignus vel incapax, *l. 25. §. 1. h. l. 5. §. 27. de His quæ ut ind.* quia ab hærede non præstatur. (3) Lex de non revocando addi potest, *l. 13. §. 1. h.* (4) Absens quoque donare potest, per procuratorem, nuncium, litteras &c. *l. 11. §. 2. d. Don. int. vir.* Quæ omnia secus in ultimis voluntatibus.

Quoad EFFECTUM autem & RATIONEM PROBANDI est instar ultimæ voluntatis, *L. 37. h. Dn. Par. Hyp. Inst. de Don. §. 4.* Hinc (1) requiruntur V. testes: quod etsi ad formam pertineat, *L. f. C. de Fideic.* tamen quia ratio probationis hic militat, merito ad effectum refertur, inprimis cum in omni ultima voluntate, (adeoque etiam in illa,

quæ quoad effectum ſaltem talis eſt) V. teſtes requirantur, *L. f. C. de Codicill.* (2) Cautio Mutiana locum habet, ſi mortis cauſa donatum ſit ſub conditione poteſtativa negativa *Nov.* 32. *c.* 44. §. *f.* (3) Omnis ſubſtitutio valet, uti directa & fideicommiſſaria &c. *l.* 1. *C. h. l. un.* §. 7. *C. de Cad. toll.* & jus accreſcendi inter conjunctos, *d. l. un.* §. 14 (4) Eædem actiones dantur poſt mortem, ſcil. perſonalis contra heredem &c. Hine donatarius poſt mortem fit ipſo jure dominus & vindicare poteſt, etſi res nondum tradita vel poſſeſſio amiſſa ſit, quippe quæ vivo teſtatore nondum valuit jure, *l.* 2. *de Publ. in rem act.* (5) Inſpicitur tempus mortis, *l.* 22. *h.* Hinc (6) revocari a vivo poteſt, *l.* 1. *h. l.* 1. *C. de SS. Eccl.* (7) Si donatarius præmoritur. deficit, §. 1. *L. h.* (8) Ceſſante periculo deficit, §. 1. *L. h.* (9) Ei detrahitur Falcidia, *l.* 27. §. *f. ff. l.* 5. *C. ad L. Falc. l.* 2. *C. h.* (10) Valet inter conjuges, *L. p. h.* (11) Ob capitales inimicitia revocata videtur, *l.* 3. *de Adim. leg.* (12) Annuæ donationis idem eſt effectus ac annui legati, ut ſcil. ſit multiplex & non perpetua, nec donatarii hæredi acquiratur, adeoque nec donatarius in tertii præjudicium acquirere poſſit. (13) Nemo acquirere poteſt, niſi cum quo eſt teſtamenti factio paſſiva: quia donatio eſt ipſa diſpoſitio, & ad formam pertinet, acquiſitio ad effectum, qui ex diſpoſitione & donatione oritur, *l.* 9. *h.*

Differentiam hanc inter formam & effectum rejicit *Vinn. ad* §. 1. *h. n.* 2. Vid. tamen *Cuj. Lib.* 10. *O.* 28. *Accur. ad l.* 15. *h. t. Goth. ad l.* 1. *l.* 15. *l.* 37. *h. Phil. Uſ. pr. Inſt. L.* 2. *Ecl.* 34. *n.* 1. *& ſeq.*

Qv. II. *An requiratur, ut donans habeat teſtamenti factionem?*

Laut. pag 559 *verb. qui habet teſtamenti &c.*

NEGATUR: nam filiusfam. de adventitio extraordinario, etſi teſtari non poſſit, donare tamen poteſt, *l.* 25. §. 1. *h.* ita uſurarii mortis cauſa donare poſſunt: nam quoad formam eſt actus inter vivos.

OBJ. (1) *L.* 15. *h.* ubi dicitur, quod qui teſtari poteſt, etiam donare poſſit?

RESP. At non contra, qui donare, etiam teſtari.

OBJ. (2) *L.* 1. § 1. *de Tut. & rat. diſtr.*

RESP. In pupillo neutrum valet, is nec donare, nec teſtari poteſt.

OBJ. (3) *Textus Autoris*, *L.* 32. §. 8. *de Don. int. vir. & ux. junct. l.* 6. §. 3. *de Jur. Cod. l.* 2. *de Leg.* 1.

RESP. Agunt de codicillis, legatis &c. non actibus inter vivos.

Qv.

Qv. III. *An per nuncium donari possit?*

AFFIRMATUR. *vid. q.* I.

Laut. pag. 559. verb. *quae etiam per nuncium &c.*

OBJ. *L.* 38. ibi: *praesens praesenti &c. h. t.*

RESP. Præsentes dicuntur, dum uterque adhuc in vivis est, & consentit, & opponitur mortis causa capioni, quam unus solus facit, & eo demum mortuo, nec amplius præsente, seu superstite, alter acquirit, atque ita non præsens præsenti dat, sed mortuo uno & e vivis ablato alter acquirit.

RESP. (2) Præsens dicitur, qui per literas vel nuncium præsens est, i. e. animo & voluntate.

Qv. IV. *An V. testes simul & uno actu adesse debeant?*

AFFIRMATUR; (1) quia mortis causa donatio effectu est instar legati, & quicquid juris hic obtinet, id in donatione quoque illa juris est, per text. expr. in *L.* 37. *ff. de Don. mort. caus. L. f. C. cod.* ibi: *& omnes effectus sortiatur, quos habent ultimae voluntates.* Unde (2) quinque testes requiruntur, *L. f. C. h.* ibi: *quinque testibus praesentibus.* At (3) in omni ultima voluntate quinque testes *in uno eodemque tempore* debent adhiberi, quæ sunt verba *L. f. §. f. C. de Codicill.* Atque hæc (4) communis est Doctorum sententia, *Laut. Comp. p.* 560. *Berl. p.* 3. *c.* 2. *n.* 19. *Pingiz. quaest.* 13. *n.* 13. *sq. Wesenb. Cons.* 38. *n.* 60. *sq. part.* 1. *Mart. Jurispr. Civ. p.* 269. *n.* 69. *Brunn. ad d. L. f. §. f. de Codicill. n.* 15. *ibique late Dd.*

Laut pag. 560. verb. *idque una vice.*

Qv. V. *An & minor absque curatore, & ille, qui curatorem non habet, mortis causa donare possit?*

AFFIRMATUR; quia damnum ejus non est, cum post mortem incipiat, uti in ultimis voluntatibus.

Laut. pag. 560. verb. *Minor absque &c.*

OBJ. *L.* 1. §. 1. *de Tut. & rat. distr.* ubi tutor tenetur, si autor fuerit pupillo, ut mortis causa donet.

RESP. Quia pupillus non potest mortis causa donare.

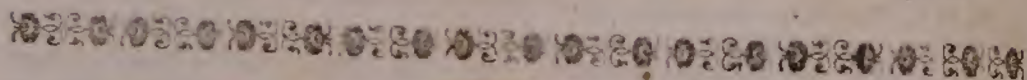
Qv. VI. *An praestatio donationis inter vivos conferri possit in casum mortis?*

AFFIRMATUR: uti in omni actu inter vivos, & tunc actio tantum differtur in tempus mortis, *arg. L.* 27. *h.* Vid. *L. f. C. Quae res pign. &c.*

Laut. pag. 561. verb. *saepe etiam &c.*

Obj. *l.* 13. §. 1. *l.* 35. §. 4. *h.* ubi mortis cauſa donatio hæc dicitur.

Resp. Poteſt etiam fieri inter vivos, ſi hoc actum, ut ſtatim valeat, & tantum differatur exactio: quin in dubio talis donatio intelligitur.



LIB. XLI. TIT. I.

DE ACQUIRENDO RERUM DOMINIO.

Qv. I. *Quando alius prior rem vidit, alius prior apprehendit, quisnam occupaſſe videatur?*

Laut. pag. 562. verb. *viſus non ſufficit.*

Resp. Qui prior apprehendit; (1) quia occupata demum res videtur, ſi eſt in noſtra cuſtodia, poteſtate atque poſſeſſione, *l.* 1. §. 1. ibi: *primi poſſeſſionem eorum apprehenderint*; & ibi: *primus poſſeſſionem nactus eſt &c.* l. 8. ibi: *nulla poſſeſſio niſi corpore & animo acquiri poteſt &c. &c. ff. de Acq. vel amitt. poſſ.* conf. *L.* 3. §. 1. *l.* 51. *eod.* Non enim (2) libere de re diſponere poſſum, quæ nondum eſt in mea poteſtate, alias (3) hoſtis, qui urbem obſidione cingit, illamque in conſpectu habet, revera jam occupaſſet.

Obj. (1) *L.* 1. §. 21. *de Acq. vel amitt. poſſ.* ubi dicitur, quod non opus ſit, corpore & actu apprehendere poſſeſſionem, ſed etiam oculis & affectu.

Resp. Modo res ita in conſpectu ſit, ut facultatem apprehendendi habeat: idque apparet ex verbis *d. L. nam pro traditis eas haberi, ſi in repraeſenti conſenſerint.* Adeoque non praeciſe ad occupationem requiritur, ut rem manu mea teneam, ſed ut tenere poſſim.

Obj. (2) Iisdem modis aliquid finitur, quibus conſtituitur; at poſſeſſio amittitur ſolo animo, ergo & ſolo animo acquiritur.

Resp. Iisdem modis aliquid amittitur, quibus conſtituitur, ſed non iisdem modis aliquid conſtituitur, quibus finitur.

Atque ita conſenſu Gentium obtinere, exemplis teſtatur Ærodius. Conf. *Dd. apud Vinn.* §. 18. *h. Struv.* §. 21. *h. t.*

Qv. II.

Qu. II. *An hodie, inventa in littore maris cedant occupanti?*

Affirmatur, si mare non sit occupatum: nam tunc, uti mare nullius est, ratione proprietatis, ita etiam inventa in illo mari ad neminem pertinent, §. 18. *Inst. h.* secus vero in maribus occupatis. Unde succinum ambarum, gemmae & caetera ibi inventa fisco cedunt. *Du. Par. J. Publ. c.* 23. *Cabed. dec.* 48. *n.* 10. *Laut. pag.* 562. *verb. hodie non &c.*

Qu. III. *An thesaurus, in fundo dotali inventus, cedat marito?*

Affirmat. *Lauterb. h. t.* & putat, propter dotis favorem, soluto matrimonio, maritum dimidiam restituere uxori, per *l.* 7. §. 12. *Sol. matr.* Sed potius dicendum, thesaurum dividi inter inventorem & uxorem, quia hæc domina naturalis est dotis, cui omnia lucra Juris Gentium cedunt. Vid. *supr. ad Lib.* 23. *tit.* 3. *qu.* 6. *Laut. pag.* 563. *verb. propter dotis &c.*

Neque *obstat d. L.* 7. nam maritus ibi invenit thesaurum, adeoque non qua maritus, sed qua inventor thesauri partem acquirit.

Obj. *L.* 66. *de R. V.* ubi dominus revocabilis rem tanquam suam vindicat.

Resp. Maritus est saltem dominus revocabilis ratione effectuum civilium, non vero ratione effectuum Juris Gentium.

Qu. IV. *An vasalli, emphyteuticarii, & superficiarii acquirant thesaurum?*

Negatur: nam sunt saltem domini civiles, adeoque effectus saltem dominii civilis ad eos pertinent, quo non referuntur lucra Juris Gentium: Sed & reditus saltem & fructus fundi perpetuo jure ad hos dominos pertinent, thesaurus vero non est fructus fundi. *Dissent. Laut. pag.* 563. *verb. idem dicendum &c.*

Dissentit *Lauterb. h. p.* 563. ratione Juris communis, sed ipse fatetur, moribus quoque nostram sententiam probari.

Qu. V. *Quidnam interest inter thesaurum, in suo, & in alieno inventum?*

Resp. (1) Inventor thesauri in *suo* totum, in *alieno* partem acquirit, (2) In *suo* etsi data opera, in *alieno* non nisi casu, §. 39. *I.* verb. *for- Laut. pag.* 563. *verb. alieno &c.*

fortuito &c. h. t. in alieno enim infciis dominis, in facris & fepulchris inquirere nefas, *L. un. C. de Thef.* Is ergo totus cedit domino, cujus injuria fuit. (3) In *fuo* per artes illicitas inventus, totus cedit fifco, in *alieno* fola pars inventoris: quia jus domini innocentis delicto inventoris auferri nequit, *d. L. un. in f.* ubi cum data opera inventus in alieno tribuitur totus domino, cui foli fit injuria, non meminit inventi per artes, nec in toto vel infonti jus fuum auferri deberi: atque pro hac fententia militant *Peregr. de J. fifc. L.* 4. *t.* 2. *n.* 2. *Alc. L.* 7. *parerg. c.* 1. *n.* 1. *Brunn. ad d. L. un. n.* 3.

Dissentit Autor, qui putat, in ultimo hoc cafu, quo per artes illicitas invenitur thefaurus in alieno, totum domino cedere: fed contra pars inventoris cedit fifco: nam quia in *d. L. un.* id ftatuitur in domino quærente in fuis terris, eadem ratio erit in quærentibus arte illicita in alieno. *Alii* totum fifco tribuunt, *Rof. c.* 5. *concl.* 92. quos recte rejicit *Sixtin. de Regal. L.* 2. *c. f. n.* 34.

Obj. *L. un. C. de Thef.* ubi quærens in alieno loco domino invito, huic *totum thefaurum* reftituere tenetur: eadem autem ratio manet, etfi illicitis artibus quærat.

Resp. Imo ratio differentiæ eft, quod, fi arte quærit, foli domino fiat injuria, indeque totus thefaurus domino cedat; at fi arte illicita quærit, tunc in magiftratum quoque injurius eft, cui proinde pars delinquentis acquiritur.

Præterea illicita arte quærens tanquam faluberrimæ legis temerator punitur, *d. L. un.* De pœna vide *Du. Par. in Difp. de Bon. vac. th.* 34. bene autem notandum, virgulam divinatoriam non inter artes vetitas recenferi, Vid. *Klok. de Ætar. L.* 2. *c.* 117. *n.* 29.

Qu. VI. *Ad quem pertineat thefaurus inventus in loco facro vel religiofo?*

Resp. Ad Fifcum pro parte, *l.* 3. §. *p. de Jur. fifc.*

Obj. *L.* 39. *h.*

Resp. Agit de loco facro & religiofo proprio; quia (1) cum eo conjungitur, & (2) alieno directo opponitur; cum locus publicus facer utique fit alienus. Contra autem (3) in *d. L.* 3. conjungitur cum publicis, adeoque de publico agit. Ratio eft, quia in facris fepulchris privatus jus fuum

ſuum in omnibus retinet &c. Excepto, quod ad uſus profanos transferre nequeat; quia dicitur non eſſe in commercio.

Vid. omnino *Vinn. ad d.* §. 39. *h. n.* 4. *Phil. Uſ. pr. Inſt. L.* 2. *Ed.* 18. *Vid. Diſp. B. Parentis de evocat. Sacrorum Sect.* 2. §. 15.

Qv. VII. *An res, in mare jacta, pro derelicta habeatur?*

NEGATUR; ſed pro deperdita, *l.* 21. §. 1. *de Acq. vel amitt. poſſ. l.* 9. §. *f. L.* 58. *h. L. Pro der. Vid. Copp. dec.* 9. quia regulariter ſpes recuperandi eſſe poteſt; cum jactus plerumque fiat in locis, ſcopulis aut littoribus vicinis ubi vada metuuntur, & merces jactæ tum facile appelluntur. *Laut. pag.* 563. verb. *eo animo. &c.*

OBJ. *L.* 43. §. *pen. de Furt.*

RESP. Agit de caſu, quo ſpes recuperandi non eſt, voc. *cum ſciat periturum.* Idemque dici poteſt, ſi ſine neceſſitate jactavit.

Qv. VIII. *An traditione transferatur dominium, ſi in cauſa & titulo erratum ſit?*

Laut. pag. 564. verb. *licet erroneo &c.*

Vid. ſupr. tit. de Reb. cred. q. 6.

Qv. IX. *An traditio ſit neceſſaria ad transferendum dominium?*

De Jure naturali admodum diſputatur inter Doctores: *Alii* negant eam neceſſariam eſſe, interque eos *Grotius de J. B. & P. L.* 2. *c.* 6. §. 2. & *c.* 8. §. 25. *item in Jur. Holl. l.* 2. *c.* 5. *Covarruv. var. reſ. l.* 3. *c.* 5. *n.* 6. *verſ. & hoc vero &c. Huber. ad Inſt. de rer. div. th.* 36. *Alii* affirmant. Vid *Vinn. Inſt. de Rer. div.* §. 46. *n.* 4. *Wiſſenb. diſp. de Mutuo.* 1. *th.* 4. *Alii* rationi naturali convenire tradunt, ſed de neceſſitate juris naturalis eſſe negant; ſed hi non recedunt a prima opinione: *Denique Puffendorfius de J. N. L.* 3. *c.* 9. §. 5. ait dominium per nuda pacta tranſire poſſe, prout conſideratur nude tanquam qualitas moralis & prout abſtrahit a poſſeſſione; non vero prout aliquid phyſicæ facultatis intelligitur continere, per quam ſtatim actu exerceri poſſit: hinc traditionem requiri. Utrumque male: Prius enim non dicitur dominium, nec eſt facultas moralis ſine naturali: Poſterius quoque male, quia exerceri in quibusdam poteſt. *Laut. Pag.* 563. verb. *vera ſit actu reali, naturali & corporali &c.*

Nos cum *Vinnio* omnino ſtatuimus traditionem eſſe neceſſariam ad transferendum dominium. Nam (1) dominium eſt juſta facultas re pro lubitu utendi, ea enim ratio naturæ eſt, quæ res condidit, ut conſumere homo poſ-

possit ad suos usus, quod dicitur dominium: Quicquid ergo in re facultas est, id solius dominii est natura, unde omnes causæ una voce dominii continentur, *l.* 14. §. 2. *exc. rei jud. l.* 11. §. 5. *Eod.* ergo nihil est, quod dominus in re facere non possit, nec ulli fit injuria, cum nec ullus jus habeat: Idque in terminis ita traditur in jure Romano. Vid. *l.* 21. *C. Mand.* ibi: *nam suae quidem quisque rei moderator atque arbiter pleraque ex proprio animo facit.* Unde prohibent Imperatores ne Judæis, cum venalia proponunt, pretium statuatur, *quia justum est sua cuique committere*, rectoribusque provinciarum injungunt ne Judæis *ullum discussorem aut moderatorem esse* concedant. *L.* 9. *C. judaeis.* Atque ex hac facultate pro lubitu de re sua disponendi sequitur, quod nemo invitus vendere teneatur, *L.* 70. *ff. rei vind.* & iniquum esse ait Gajus ingenuis hominibus non esse liberam rerum suarum alienationem, *L.* 2. *ff. si a par. quis man.* & injuriam esse ait Ulpianus, si quis re mea uti me non permittat. *l.* 13. §. *f. ff. injur.* Unde alium prohibere a re mea possum, *d. l.* 13. §. *f.* Tale autem dominium (2) transferri non potest, nisi accedente traditione: i. e. nisi res ipsa in nostram custodiam & potestatem naturalem perveniat, quia contradictio est, de re mea pro lubitu me disponere, i. e. eam consumere quoque edendo &c. posse, neque tamen eam in mea potestate esse:-Sane edere non possum quod non habeo, nec tegere me veste quæ in potestate mea non est &c. Atque hinc (3) notantur JCti Romani dicunt dominium rerum ex naturali possessione coepisse: *L.* 1. *pr. ff. Acq. poss.* Sed & Ulpianus, postquam dixit *per alium rerum possessionem acquiri posse*, addit *& per hanc dominium.* Dominium ergo non acquiritur, nisi naturalis possessio accedat: Sane nudis pactis non acquiri dominium, sed traditionibus, diserte traditur in *l.* 20. *C. pact.* Hinc donatio per se non transfert dominium, sed tunc demum, ubi traditio accedit, *L.* 2. *C. Stell.* & expressis verbis traditur in *l.* 13. *de distr. pign.* quod is, qui prædium comparavit, nullam in rem actionem habeat, *si in vacuam possessionem inductus non est.* Nec facere alius potest, ut habeam, nisi mihi dederit, *L.* 73. *pr. de leg.* 1. Atque hinc ad transferendum dominium duo requiruntur, (1) ut justus titulus præcesserit & (2) traditio accedat, *L.* 31. *pr. ff. Acq. rer. dom.* Unde etiam est, quod dominium transferatur in eum, cui res priori tradita, non cui priori vendita est, *L.* 15. *C. R. V.* quod falsum esset, si dominium sine traditione transferretur.

Neque *obstat*, quod dominium quarundam rerum acquiratur etiam sine traditione, ut in hæreditate, *l.* 23. *pr. Acq. Poss.* legatis, *l.* 46. §. *f. furt.* si quid piis locis donatum vel relictum, *L.* 23. *C. SS. Eccles.* in causa alimentorum, *L.* 1. *C. don. quae sub mod. &c.*

RESP.

Resp. Verum non eſt, quod in hæreditate dominium acquiratur ſine traditione, neque id dicitur in *d. l.* 23. Nam pater jure naturæ pro ſe & familia ſua acquirit, eaque intentione & lege familiam conſtituit, ut eo mortuo liberi res habeant: Liberis igitur ex hac traditione patris eventuale jus habent, unde notanter domini quodammodo rerum paternarum dicuntur: eoque dominium non tam acquirunt quam continuant; Hinc ipſo jure dicuntur eſſe ejus hæredes & ideo neceſſarii dicuntur, *l.* 63. *ff. Acq. haer.* §. 1. *Inſt. de haer. inſt.* nec abſtinere poſſunt, *l.* 57. §. *f. ff. Acq. haer.* habentur cum patre pro una perſona, quia in ejus res ſuccedunt, *Nov.* 48. *praef.* Unde quandocunque adeunt, ſemper a morte defuncti adiiſſe cenſentur, *l.* 54. *ff. Acq. haer.* Hinc jam apparet ſenſus, *l.* 23. *pr. A. Poſſ.* ubi dicitur adita hæreditate omnia jura in nos tranſire, per traditionem ſcilicet patris, qua omnes res ſuas eventualiter in liberos contulit; at recte addit poſſeſſionem ad liberos non pertinere, quia hæc facti eſt, &, ſalvo dominio ſemel per traditionem rite quæſito, abeſſe poteſt.

Equidem verum eſt dominium ſine traditione transferri in rebus, quæ piis locis donantur, ſed id ex mero jure Civili eſt, & iidem effectus dominii hujusmodi donationibus tribuuntur, ac ſi vere traditio ſecuta ſit, quod lege Civili fieri poteſt: Interim hæc exceptio firmat regulam in caſibus non exceptis.

Cæterum caſus, qui de alimentis affertur plane huc non pertinet. Nam qui ea lege donat, ut certa alimenta ſibi præſtet, dominium revera non tranſtulit niſi ſub conditione, qua deficiente verus dominus manſit, indeque non novum demum dominium acquirit: Errarunt igitur Imperatores dum utilem demum vindicationem donanti permittunt in *L.* 1. *C. de don. quae ſub mod.* Sed & ſi verum eſſet, dominium priſtinum ſublatum eſſe, & novum dominium ſine traditione acquiri, id tamen ex mera lege Civili eſt, ex ſanctione divorum Principum, ut traditur *in d. l.* adeo ut utilis ſaltem rei vindicatio hic detur, quæ meri juris poſitivi eſt; ex hac igitur quoque lege elicitur, exceptionem hanc firmare regulam in caſibus non exceptis.

Reliqua quæ obſtant, alibi, & in illuſtratione Grotii, quam animo ruminamur, removebimus.

Qu. X. *An dominus ſaltem dominium transferre poſſit?*

Affirmatur, §. 40. *Inſt. h.* nemo enim id quod non habet, in alium transferre poteſt, *L.* 20. *pr. h.* *Laut. pag.* 564 verb. *qui eſt dominus.*

Obj.

OBJ. *L.* 63. *de Usufr.* ubi dominus, qui ufumfructum non habet, cedere tamen eum poteft.

RESP. Dominus tunc cedit ufumfructum *caufalem*, quia in genere fub dominio continetur, licet *formalis* ufusfructus ad alium pertinet: adeoque nihil alieni hoc cafu transfert dominus.

QU. XI. *An ad transferendum traditione dominium requiratur vacua poffeffio? Et quando videatur res vacua?*

Prius AFFIRMATUR, *L.* 12. *C. de Prob. L.* 13. *C. de Diftr. pign.* quia tradere nihil aliud eft, quam poffeffionem transferre: nec enim tranfit dominium, nifi in eum, qui poffeffionem plenam & irrevocabilem accepit ex voluntate domini.

VACUA autem eft, quando ille, qui tradit poffeffionem rei, aliis fuperior eft interdicto, etfi (α) tertius detineat ex jure ad rem; quia accipiens tamen vindicat: (β) poffideat tantum ad tempus; quia tum poffidet per alium, & eo jure emit: vel (γ) poffideat naturaliter, uti fructuarius. Vacua igitur non eft (1) fi dans plane non poffideat, neque per fe, neque per alium, adeoque tradere non poffit, etfi fuperior interdicto, *L.* 50. *d. R. V.* uti fi altus fit b. f. poffeffor; quia re ablata hic fuperior futurus eft, re non ablata tradere nequit, quia ipfe non habet. (2) Si poffideat quidem, fed alius fuperior eft in poffeffione, non transfert, nifi cum jus obtinuerit; non enim videtur tradi, quod jure avocari poteft, *L.* 3. *pr. de Act. emt. L.* 1. *C. Fin. reg.* Neque videtur datum, quod ita datur, ut haberi non poffit, *L.* 29. §. 3. *de Leg.* 3. *Conf. L.* 22. *de Acq. vel amitt. poff. L.* 14. §. 12. *de Ufuc.* Non ergo eft vacua poffeffio, fi prædo poffidet, vel fi venter, creditores &c. miffi fint in bona; quia jure prætorio poffident, *L.* 2. §. 1. *de Act. emt.* quæ proinde non *obftat.*

OBJ. (1) *L.* 10. §. *f. de Cond. furt.*

RESP. Ibi transfertur fine traditione, fcil. re legata, uti exemplum fubjicitur.

OBJ. (2) *L.* 16. *de Fund. dot.* ubi uxor fundum, ab alio poffeffum in dotem dat, & fruftra fingitur, ceffionem factam.

RESP. Hoc fieri poteft citra traditionem rei: non enim rem dat, fed dotem, five jus dotis, quo cafu, etfi ceffio facta nondum fit, tamen utilis actio marito competit, perinde ac nomine donato vel vendito: quia dos nomen juris eft,

eſt, ut actio ſeu nomen, ſed juris in re: fundus ergo dotalis fit, non vero dominium transfertur.

Obj. (3) *Quæ in fraud. cred.* ubi revocatur fundus a creditoribus poſſeſſus; ergo dominium translatum eſt.

Resp. Agit de fundo ante miſſionem alienato, adeoque vacua adhuc poſſeſſione.

Obj. (4) *L.* 8. *C. de Act. emt.* ubi non tranſit dominium, etſi poſſeſſio vacua ſit.

Resp. Quia non eſt vere facta traditio, ſed ſimulata.

De hac lite inter ultramontanos & citramontanos vid. *Strauch. J. Juſt. Diſſ.* 6. *th.* 37. *Vinn.* §. 40. *n.* 2. *h. Laut. h. & p.* 357.

Qu. XII. *An cruſta, quæ ſemel cum fundo meo coaluit, vindicari a priori domino poſſit?*

Negatur: (1) per textum generalem in *l.* 9. §. 2. *de Damn. inf.* ubi id, quod ſemel meum factum eſt, vindicari amplius nequit. Sane (2) leges domino permittunt vindicationem, antequam coaluerit cruſta: ſi tempus hoc negligit, ſibi id imputare debet. *Laut. pag.* 565. *verb. & tum nullum &c.*

Dissentit *Bachov.* propter *L.* 5. §. 3. *de R. V.* ubi utilis rei vindicatio datur domino ad repetendum arborem, quæ in meo fundo coaluit.

Resp. Agitur de caſu, ubi meo facto eſt translata arbor: tunc enim ex æquitate vindicatio datur.

Insto: cur non directa datur.

Resp. Quia ſtricto jure arbor per coalitionem mea eſſe deſiit. *L.* 26. §. 2. *de A. R. D.*

Obj. Quod poſſeſſor cruſtæ videatur locupletior fieri cum alterius jactura.

Resp. Subeſt hic pœna negligentiæ, & quod non diligentius inquiſiverit.

Qu. XIII. *Si res mea vi fluminis in alterius fundum delata damnum dat, an eam vindicare poſſim? ubi de reſtitutione damni dati & de cautione ratione futuri?*

Caſus hic eſto: Aliquis ligni immenſam quantitatem ad Littus fluminis adduci curavit, ea intentione, ut per grutias ad vicina loca deferret, creſcente *Laut. pag.* 566. *verb. Meoque fundo adjecta &c.*

creſcente aqua omne illud lignum in vicina irruit loca; quæſitum fuit an vindicari a domino poſſit? Sane dubium hic nulla ratione ſuboriri potuit, quin poſſit vindicari, quia dominium hujusmodi rei non amittitur, *l.* 5. §. 3. *R. V.* indeque in terminis traditur eam vindicari poſſe in *l.* 9. §. 1. & 2. *de damn. inf.* Per ſolam quippe coalitionem res in vicinum fundum delatæ acquiruntur, *d. l.* 9.

Sed an domino fundi damnum datum reſtituendum eſt? Videtur hoc negandum, quia vi fluminis adeoque caſu damnum datum eſt, quod nemo præſtat, etſi damni infecti repromiſerit, *l.* 43. *pr. Damn. inf.* & text expr. in *l.* 24. §. 3. *Damn. inf.* ibi: *& Labeo quidem ſcribit in damno non poſſe agi, ſi quid forte terræ motu aut vi fluminis aliove quo caſu fortuito acciderit.* Verum diſtinguendum eſt, an is, cujus res damnum dedit, ratim, lignum, cruſtam &c. repetat, an vero eam derelinquat adverſario damni reparationem urgente: Hoc caſu verum eſt eum, cujus res damnum dedit, non teneri ex ratione & textibus ante allegatis, Conf. *l.* 7. §. 1. ibi: *de damno vero dato nihil cavetur, cum enim animalia, quæ noxam commiſerunt, non ultra nos ſolent onerare, quam ut noxæ ea dedamus, multo magis ea quæ anima carent ultra nos non deberent onerare.* Sed ILLO caſu non aliter tollendi facultas conceditur, quam reſtituto damno, idque in terminis ita traditur *l.* 5. §. 4. *ad exhib. Sed & ſi ratis delata ſit vi fluminis in agrum alterius, poſſe eum conveniri ad exhibendum Neratius ſcribit. Unde quærit Neratius, utrum de futuro duntaxat damno, an & de præterito domino agri cavendum ſit? & ait etiam de præterito caveri oportere l.* 9. §. 2. *damn. inf.* ibi: *Alfenus quoque ſcribit, ſi ex fundo tuo cruſta lapſa ſit in meum fundum eamque petas dandum in te judicium de damno jam facto*: & in terminis in §. 3. ibi: *Neratius autem ſcribit, ſi ratis vi fluminis in agrum meum delata ſit, non aliter tibi poteſtatem tollendi faciendam, quam ſi de præterito quoque damno mihi caviſſes. ff. de damn. inf.*

Non ergo textus hi intelligendi ſunt de navi male allegata, adeoque ubi culpa concurrit, uti putat *Goth. ad d. l. lit. a.* Nec hactenus diſſenſus eſt inter §. 1. & 3. *dictæ legis* 9. namque uterque de damno vi fluminis adeoque caſu dato agit: & in priori Trebatius ait vindicari ratim poſſe, modo de damno futuro caveat, in poſteriori ampliatur id & Neratii ſententia probatur, qui etiam de præterito damno cavendum, nec prius ratim reſtituendam eſſe ait.

Sane ratio ſatis evidens eſt: magis enim in jure imputatur ei, cujus res damnum dat: adeoque qui in cauſa eſt, licet non in culpa, *Dn. Par. de Culp. Diſp.* 2. *th.* 10. 17. *Diſp.* 3. *th.* 18. *& in Collat. ad Struv. Coll.* 2. §. 15.

At-

Atque hæc eſt cauſa, cur ſervus, pecus, ſi damnum dent, a Domino noxæ dedi debeant: licet injuria domini non ſit *tt. ff. nox. act. tt. ſi Quadr. paup.* Atque ita in contradictorio judicatum Nov. 1709 in cauſa Dingelſtett, contra die drey Dorfſchaften, Thal, Nienſtedt ꝛc. At demonſtrari prius hoc damnum debet, ita jud. *in ead. cauſa*

Qv. XIV. *An alveus, uno impetu deſertus, reſtituatur priſtino domino?*

NEGATUR ſtricto jure; & cedit vicinis, *l.* 7. §. 5. *h.* §. 23. *I. h.* etſi alveus ante unius domini ager fuerit. *d. l.* 7. §. 5. Sed vix eſt, ut id obtineat, *d. l.* 7. §. 5. *in fin.* hinc ex æquitate reſtituitur ſoli priſtino domino, *d. L.* 7. *l.* 30. §. 3. *h.* *Laut. pag.* 565 verb. *ex æquitate tamen.*

OBJ. (1) §. 24. *Inſt. h.* ubi id non demum ex æquitate eſt, quod ager, ita inundatus, debeat reſtitui priſtino domino, ſed jus commune id ſtatuere videtur.

RESP. Loquitur textus de inundatione: hæc enim fundi ſpeciem non mutat, adeoque nihil aufert domino: ſecus ac in alveo: nam ibi ab utroque latere fiunt ripæ, intra quas aqua perpetuo decurrit, *Dn. Par. in Hyp.* §. 33. *h.*

OBJ. (2) *L.* 28. *h.* ubi ager inundatus, & iterum deſertus, non reſtituitur priſtino domino.

RESP. Agitur ibi de caſu, ubi non uno impetu alveus deſeritur, ſed paulatim pedetentim: tunc enim jure alluvionis accreſcit vicinis.

Qv. XV. *An inundatio ſimplex intervertat poſſeſſionem?*

Diſtingue: An *perpetua* ſit inundatio: (qualis quoque eſt, ſi non appareat, receſſurum flumen eſſe), tunc enim intervertitur poſſeſſio (1) per text. expr. in *L.* 12. *in f. de Reb. aut. jud. poſſ.* ibi: *recte dicitur, non eſſe, quod poſſideatur.* Conf. *l.* 3. §. 17. *de Acq. vel amitt. poſſ.* (2) Quia ceſſat naturalis facultas rem tenendi, quæ eſt eſſentiale poſſeſſionis requiſitum. Unde (3) ſervitutes ipſo jure tolluntur, *l.* 10. §. 2. *Quib. mod. uſ. am.* idque ex ea ratione, quia in ſervitutibus continua poſſeſſio requiritur. *Laut. pag.* 565. verb. *nec poſſeſſionem.*

An vero ſaltem ſit *temporaria*, qualis eſt, licet plures dies duret, modo certum ſit, iterum receſſuram aquam: tunc enim durare videtur poſſeſſio, utpote quæ animo quoque retinetur, *l.* 30. §. 5. *de Acq. vel amitt. poſſeſſ.*

Obj. (1) *l.* 30. §. 3. *de Acq. vel am. poss.* ibi: *non possidemus.*

Resp. Legi debet *nos possidemus.* (α) quia Florentina ita habet; (β) quia ex contextu apparet, agi ibi de meris casibus, quibus amittitur possessio. Conf. §. 2. ibi: *amittere.* §. 3. ibi: *item* & mox: *aut si is, qui possidet, in alterius potestatem pervenit.* Hoc enim casu omnino possessio transfertur in eum, cujus jure est.

Obj. (2) Quod servitutes simplici inundatione tollantur, *L.* 23. *Q. m. u. am. l.* 1. §. 9. *de Itin. act. priv. L.* 14. *Quemadm. serv. am.*

Resp. Stricto jure tolluntur ideo, quia ibi continua possessio requiritur; at postea restituuntur ex clausula generali: *si qua justa causa fuerit &c.*

Qu. XVI. *An, stante aedificio, dominus tigni habeat rei vindicationem contra possessorem, mala fide jungentem?*

Laut. pag. 566. verb. *vel rei vind. &c.*

Affirmatur, per *l.* 13. *§.* 6. *de R. V.* ibi: *nisi adversus eum, qui sciens alienum junxit aedibus.* Atque hinc actio ad exhibendum datur in *l.* 1. §. *f. de Tign. junct.* quæ est præparatoria rei vindicationis.

Obj. Quod ipsum tignum non debeat vindicari, cum favor urbis sit, ne ruinis deformetur, *§.* 29. *I. h. t.*

Resp. Hactenus vindicari tignum nequit, ut eximatur, sed eatenus, ut jungens præstet omne id, quod interest, adeo, ut juretur contra eum in litem: idque ita explicatur in *d. L.* 1. *non enim sic eum convenimus, quasi possidentem, sed ita, quasi dolo fecerit, quo minus possideat.*

Qu. XVII. *An aedificans bona fide in alieno fundo habeat utilem actionem negotiorum gestorum, si dominus fundi possidet?*

Laut. pag. 566. *verb. domino fundi autem &c.*

Putat id *Lauterb. h. p.* 566. at contrarium verius; (1) quia nullum negotium gessit, sed tanquam in re sua fecit; (2) per *L.* 33. ibi: *quia nullum negotium inter nos contraheretur &c. de Cond. ind.* Atque hinc (3) non nisi possidenti dicitur succurri in *L.* 14. *de Dol. mal. exc.* ibi: *eum, qui in alieno solo aedificium exstruxit, non alias sumtus consequi posse, quam possideat.* Sic (4) in *L.* 48. *ff. de R. V.* sumtus in re aliena bona fide facti non nisi exceptione opposita repeti possunt. Porro & (5) in *l.* 14. §. 1. *Comm. div.* dicitur, necutilem actionem dari, si quis in alienam, vel communem rem tanquam propriam impendit, additurque ratio: *hoc enim casu, ubi quasi in rem meam*

meam impendo, tantum retentionem habeo, quia neminem mihi obligare volui. Conf. omnino *supr. lib.* 3. *tit.* 5. *q.* 4. 5.

Obj. (1) *L.* 6. §. 3. *in fin. de Neg. gest.* ubi aliquis tanquam prædo mea negotia gerit, & sui lucri causa, & tamen ipse tenetur actione negotiorum gestorum.

Resp. Quia revera alienum negotium gerit, ibi: *negotia mea gessit.* Conf. *dict. L.* 3. *t.* 5. *q.* 1. *q.* 4 *& q.* 5. neque hic prædo rem possedit ut suam, sed sciens alienam eam administravit animo sibi lucrandi.

Obj. (2) *L. f. C. de Neg. gest.* ubi putans, se suum gerere negotium, cum sit alienum, tenetur actione negotiorum gestorum.

Resp. Agit de negotio, quod alienum est, licet ut suum gerat; nos agimus de re, in qua quis ut possessor ædificat, non ut gestor.

Obj. (3) *L. f.* §. 1. *in f. C. de Haer. pet.* ubi dicitur, æquum esse, ut pecunia, quæ ad te pervenit, reddatur, etsi nullum negotium contractum hæsit. Add. *L.* 14. *de Cond. ind.*

Resp. Aliud est in ædificante in alieno solo. *dd. LL.*

Obj. (4) *L.* 32. *in f. de Reb. cred.* ubi possessor hæreditatis restituens redi hæreditatem, non refusis expensis, habet actionem.

Resp. Quia negotium alienum gessit, non vero rem, quam suam putabat, administravit, uti hic.

Hodie etiam ratione impensarum actio datur. *Dn. Par. Hyp. Inst. h.* §. 37. 41. *&* 43. *Vinn. ad* §. 30. *Inst. h. Dn. Berger. Resol. h. q.* 3.

Qu. XVIII. *An is, qui suum tignum mala fide junxit alieno aedificio, habeat exceptionem?*

Negatur, *Laut. p.* 567. de jure stricto, per §. 30. *Inst. h.* at ex æquitate affirmat propter *L.* 38. *de Pet. haer.* Rectius dicitur, neque ex stricto jure, neque ex æquitate dari exceptionem, *d.* §. 30. nam videtur donasse, qui sciens in alieno fundo ædificat, *L.* 2. *C. de R. V.* Conf. *L.* 39. §. 1. *de R. V. L.* 5. *C. eod.*

Laut. pag. 567. verb. *ipse habet ex æquitate &c.*

Exc. (1) Si impensæ sunt necessaria, has enim etiam m. f. possessor repetit. *l.* 38. *l.* 39. *Pet. haer. l.* 5. *C. R. Vind.*

Exc. (2) Utiles quoque impensas deducit & tollit, si sine rei dispendio id fieri potest. *L.* 37. *L.* 38. *de R. V.*

Obj. *L.* 44. §. 1. *de Damn. inf.* ubi missus in bona contra creditorem excipit, donec impensas restituere paratus sit, quas in refectionem fecit.

Resp. Loquitur (1) de necessariis; (2) de casu, ubi dominus fit missus; vid. *supr. tit. de Damn. inf.* adeoque non in re aliena, sed sua aliquid impendit.

Qv. XIX. *Si m. f. jungens non possidet, an habeat utilem negotiorum gestorum actionem?*

Laut. pag. 567. verb. *datur aedificatori.* Negatur, Quia ex mala fide actio non oritur, uti igitur de jure id certum, ita ex praxis, &, fatente ipso Autore, communis Doctorum sententia pro nobis militat.

Obj. (1) *L.* 6. §. 3. *de Neg. gest.*

Resp. Is, qui mala fide negotium gerit, ipse quidem tenetur actione, sed ipsi non datur actio.

Obj. (2) *L.* 14. *de Cond. ind.* ubi nemo locupletior fieri debet cum alterius jactura.

Resp. In pœnam malæ fidei leges id aliquando permittunt.

Qv. XX. *Ad quem pertineat arbor in confinio posita?*

Laut. pag 567. verb. *de arbore in confinio &c.* Resp. Utrique prædiorum domino est communis, *L.* 7. §. *f. L.* 8. *h.* nam ipsa terra & confinium est commune, *d. L.* 8. adeoque quicquid ibi nascitur: sed & arbor in utroque fundo radices egit, ejus autem est arbor, ubi sunt radices. *d. l.* 7. §. 5. Communis autem est arbor pro diviso, quia finibus dividitur, *d. l.* 8. at in momento, quo eximitur, pro indiviso, *L.* 19. *pr. Comm. div. L. p. Pro soc.*

Exc. Si in confinio posita ita premat terram vicini, ut radices omnes in eam immittat; tunc enim tota arbor ejus est: jam enim vitam & alimenta ex eo fundo habet. Conf. *L.* 26. §. 2. *d. A. R. D. d. L.* 7. *&* §. 31. *Inst. h.*

Obj. *L.* 6. §. *f. Arb. furt. caes.* ubi, etsi radices agat arbor in vicini fundo, non tamen ideo arbor ejus fit.

Resp.

RESP. Ibi ſolas extremitates arbor in vicini fundum immittit, quæ ſalva ſubſtantia & arboris & radicum abeſſe poſſunt.

INSTO, id refelli ex ratione, quod alimenta ex vicini fundo capiat.

RESP. Alitur quidem quodammodo ex vicino, quia extremitates eo extendit, ſed id non eſt de ſubſtantia arboris: abeſſe enim hæc alimenta poſſunt.

QV. XXI. *An is, qui mala fide novam ſpeciem facit, ſibi acquirat?*

Putat id Autor *p.* 567. ſed contrarium verius, per *l.* 12. §. 3. *Ad exhib.* quia quoties ex facto noſtro acquirimus, requiritur bona fides. Atque hinc fructus ex re aliena meos non facio, *quia ad factum hoc pertinet*, *l.* 48. §. 1. *de A. R. D.* Hinc mala fides ſuperveniens tollit publicianam, *l.* 7. *§. f. de Publ. in rem.* quia publiciana in facto conſiſtit. Vid. *ſupr. tit. de Publ. in rem. act. q.* 4 & plurimis exemplis res illuſtratur a *Dn. Par. in Diſp. de Finib. bon. fid. Sect.* 1. §. 11. *ſeq.*

Diſſent. Laut. pag. 567 verb. *licet m. f.*

OBJ. *arg.* §. 25. *Inſt. h.* ubi non diſtinguitur inter ſpecificantem bona vel mala fide.

RESP. Leges ſemper intelligendæ ſunt juxta rationes juris.

QV. XXII. *An vinum, ex alienis uvis extortum, ſit nova ſpecies?*

NEGATUR: Autor *pag.* 567. at contrarium verius: vinum enim omnino nova ſpecies eſt, *l.* 7. *§.* 7. *h.* §. 25. *Inſt. h.* neque enim uva vinum dici poteſt. Hoc liquidum & fluidum eſt, & bibitur; illa non eſt, & editur.

Laut. pag. 567. verb. *e. g. vinum, oleum &c.*

OBJ. (1) Quod idem liquor inſit uvis.

RESP. Idem eſt liquor, ſed ſub alia forma, & nova ac liquida ſpecie.

OBJ. (2) *l.* 7. *§.* 7. *h.* ubi grana excuſſa non habentur pro nova ſpecie, idque addita ratione; quia excutiens ſaltem eam ſpeciem, quæ jam eſt, detigit.

RESP. Omnino aliud eſt in granis, quibus nova ſpecies non magis accedit, quando excutiuntur, quam ſi pomum ex arbore decerpitur. Ubi notandum, quod d. *§.* 25. deſumtus ſit ex *Lege* 7. §. 7. *h.* indeque cum hac conjungi, & ex ea explicari debeat.

Qv. XXIII. *An fructus separati acquirantur b. f. possessori, licet separatio ab alio sit facta?*

Laut. pag. 568. verb. licet separatio &c.

AFFIRM. Nam b. f. possessor habetur pro domino, *L.* 48. *pr. h.* qui ipso jure omnes fructus suos facit. *ibid. &* §. 35. *Inst. h. t.* 28. § 1. *de Usur.* ibi: *quocunque modo a solo separati sint, L.* 13. *Q. M. Us.* ibi: *mox cum a solo separati sint.*

Obj. (1) *L.* 40. *h.* ubi non acquiritur, nisi consumtis fructibus.

Resp. Agitur ibi de acquisitione irrevocabili, ad quam requiritur consumtio. *Add. L.* 48. *h.*

Obj. (2) *L.* 13. *Q. m. us. am. l.* 25. §. 1. *in f. de Usufr. & §.* 36. *h.*

Resp. Usufructuarius non nisi perceptione sua acquirit, *d.* §. 36. quia ratio dominii, quæ in b. f. possessore militat, hic cessat.

Qv. XXIV. *An b. f. possessor acquirat etiam naturales fructus?*

Laut. pag. 568. verb. etiam naturales.

Affirm. vid. *supr. L.* 5. *t.* 6. *q.* 7. At exstantes restituit, *ibid. q.* 9.

Qv. XXV. *An b. f. possessor lucretur fructus consumtos, etsi locupletior factus sit?*

Laut. pag. 568. verb. licet b. f. possessor.

Affirm. vid. *supr. tit. de Rei vind. q.* 8.

LIB XLI. TIT. II.

DE

ACQUIRENDA VEL AMITTENDA POSSESSIONE.

Qv. I. *An servus fugitivus maneat in nostra possessione?*

Laut. pag. 569. verb. hoc tamen non requiritur.

AFFIRMATUR; *l.* 3. §. 10. ibi: *nihilominus in mea possessione est, & animo eum possideo. L.* 15. ibi: *quemadmodum aliarum rerum possessionem intervertere non potest, ita ne suam quidem potest. h. t.*

Obj.

OBJ. (1) Quod dominus non habeat facultatem naturalem rem tenendi, quæ essentiam possessionis requiritur. *l.* 46. *l.* 3. §. 13. *l.* 6. §. 1. *h.*

RESP. Verum hoc est de possessione naturali, non vero Civili, quæ solo animo continuatur.

OBJ. (2) *arg. L.* 1. *C. de Serv. fug.* ubi servus fugitivus sui furtum facit, adeoque exit e possessione sui domini.

RESP. Imo non exit, quia animo possessio retinetur.

OBJ. (3) *L.* 15. *de Publ. in rem act.* ubi servus fugitivus mihi non acquirit possessionem.

RESP. Vera possessio & naturalis, quæ facti est, non acquiritur domino ignoranti, (uti nec per servum non fugitivum, *l.* 1. §. 5. *l.* 44. §. 1. *de Acquir. vel amitt. possess.*) at Publiciana tamen datur.

QU. II. *An possessio sit facti, an juris?*

Autor ait, possessionem esse quoad acquisitam autem esse juris, *pag.* 569. sed late id refutavi *supr. L.* 1. *t.* 8. *q.* 2. *Laut. pag* 569. verb. *facti est &c.*

QU. III. *An quis sibi causam possessionis mutare possit?*

NEGATUR: *L.* 3. §. 19. *de Acq. vel amitt. poss. L.* 5. *C. eod. l.* 33. §. 1. *de Usurp.* *Laut. pag.* 571. verb. *possessionis causam non mutat &c.*

Atque hinc colonus non incipit possidere hoc ipso, quod rem vendat, eoque se pro domino gerat; quia sibi ipsi causam possessionis mutaret, *d. l.* 5. Conf. *l.* 2. §. 1. *Pro hæred.* Nam in genere notandnm, causam notare titulum juris seu tale negotium, ex quo sua natura jus in re acquiri potest. *L.* 31. *pr. de Acq. rer. dom.* Hanc causam & hunc titulum nemo sibi ipsi constituere, sed modis, demum Jure Civili licitis & approbatis, acquirere potest; nemini enim jus in re aliena competit, nisi vel voluntate domini, vel ex lege: quin inhiare rei alienæ, & ex ea lucrum facere, turpe dicitur.

Hinc jam apparet, aliud esse, si justa causa superveniat, & malæ fidei possessor non lucri faciendi causa, sed ex legitimo juris titulo incipiat possidere: jam enim possessor non sibi ipsi mutat causam possessionis, sed lex, quæ causam illam probat, & quæ possessionem ab initio injustam, ob supervenientem titulum justam declarat, eamque juris remediis defendit, *L.* 5.

C. de Acq. vel amitt. poss. ibi: *sibi*: & mox: *nulla extrinsecus accedente causa*; *l.* 33. §. 1. *ff. de Usurp.* ibi: *quod vulgo respondetur, ipsum sibi causam possessionis mutare non posse, totiens verum est, quotiens quis sciret, se bona fide non possidere, & lucri faciendi causa inciperet possidere*; *l.* 2. §. 1. *Pro haer.* ibi: *Neque colonum, neque eum, apud quem res deposita, aut cui commodata est, lucri faciendi causa pro haerede usucapere posse.* Atque hinc malæ fidei possessor si postea rem a vero domino, vel quem putat talem, emit, incipit justus esse possessor, nec sibi ipsi causam possessionis mutat *d. l.* 33. §. 1. Idem est, si ille malæ fidei possessor postea hæres instituatur, vel justam existimandi causam habeat se hæredem esse. *d. l.* 33. §. *. *vers. idemque juris.* Eadem ratio est, si is, qui vi possidet, postea consensu domini vel precario vel tanquam emtor possidet. *L.* 6. §. 3. *de Prec.* Neque potest videri sibi ipsi causam possessionis mutare, cum voluntate ejus, quem dejecit, cœpit precario possidere. *d. l.* 6. Idem est, si m. f. possessor litis æstimationem domino præstiterit. *l.* 2. §. *f. Pro emt.*

Cum ergo malæ fidei possessor accedente postea justa causa possessionis causam mutare potest; multo magis id ei licebit, cum causa justa ab initio adfuit, sed ab eo ignorata: hanc enim postea allegans, juxta eam defendi debet; neque lucri faciendi causa incipit possidere, quia justum dominii titulum allegat: neque hic sibi ipsi possessionis causam mutat, sed Lex, quæ titulum illum probat.

Qu. IV. *An duo eandem rem in solidum possidere possint?*

Laut. pag. 571. *verb. possunt duo eandem rem &c.*

Vexatissima hæc est quæstio, in *l.* 3. §. 5. *h. t.* proposita, quæ cum hactenus satis illustrata non sit, paucis eam ex principiis Domini Parentis examinabo. Poterit vero textus in tres commodissime Partes resolvi, quarum I. explicat ipsam sententiam Pauli; II. affert rationes dubitandi; III. rationes decidendi exponit.

Primam partem quod attinet, asserit Paulus, *quod duo eandem rem in solidum possidere non possint*, idque gemina ratione naturali confirmat, quæ tamen utraque ejusdem potestatis est. Et *primo* quidem, quod contra naturam sit, ut cum ego aliquid teneam, tu quoque id tenere videaris; *deinde*, quod non magis eadem possessio apud duos esse possit, quam ut tu stare videaris, in eo loco, in quo ego sto, vel in quo ego sedeo, tu sedere videaris; *prior* ad res mobiles, *altera* ad immobiles pertinet.

Hæ

Hæ vero rationes Doctoribus craſſo nimis filo contextæ, & Paulus nimis inconditam, rudem, & a vitæ humanæ rationibus prorſus abhorrentem poſſeſſionis naturam ſibi effinxiſſe, viſus eſt.

Neque diſſimulari poteſt, ex hac ſententia, ſi ita crude intelligenda eſſet, omnes homines rerum ſuarum poſſeſſione momento excidere, nec ulli domino tutam eam eſſe poſſe, niſi rebus ſuis incumbat, atque inhæreat, uti conchæ atque cochleæ. Quin ita per naturam fieri non poſſet, ut eodem tempore quisquam ſit rerum ſuarum poſſeſſor; quia impoſſibile eſt, ut eodem temporis momento vel omnes res ſuas teneat, vel in omnibus locis ſtet aut ſedeat. Satis vero apud omnes gentes conſtat, ad nullius poſſeſſionis ſubſtantiam requiri, ut poſſeſſor ſemper in re poſſeſſa ſtet vel ſedeat, vel manu eam teneat. Nec concipi poſſet, qui flumina, maria, latifundia, bona, diſſitiſſimis locis diviſa, ab aliquo poſſideri poſſint, quod tamen toto orbe fieri videmus. Sed & alia innumera ſunt, quæ hinc oriri videntur poſſeſſionis portenta.

Verum enim vero videntur illi nimis iniqui eſſe in hunc JCtum, ejusque rationes, quarum ut vis appareat, præmittendum eſt, (1) quod poſſeſſio ſit facultas naturalis rem tenendi, cum animo ejus tenendæ; idque ipſa vocis proprietas oſtendit: cum poſſidere dicatur quaſi poſſe ſedere, ſcil. a *potis* & *ſedere*: ex verbo enim *potis* contractum eſt *pos*, unde *poſſum* dicitur quaſi *potis ſum*, & pro *poteſſe* dicitur *poſſe*, & ſupereſt *pos* in voce *compos*.

Atque ita poſſeſſio *potentiam* ſedendi ſignificat, ſpecie ſedendi accepta pro omni modo tenendi. *Animus* autem tenendi eſt poſſeſſionis anima, *l.* 1. §. 3. *ff. de Acquir. vel amitt. poſſ.* ſine eo enim ſi poſſeſſio eſſe poſſet, etiam lapides & bruta poſſiderent locum, cui incumbunt.

(2) Quod verba, quæ alias nudum actum, in Jure agendi facultatem ſignificent; uti actio non definitur perſecutio, ſed jus, i. e. facultas legitima perſequendi, quod debetur, *L.* 51. *ff. de O. & A. pr. Inſt. de Act.* unde, etſi quis nondum agat, actionem tamen habet, i. e. agendi facultatem, *L.* 15. *L.* 204. *ff. de R. J. L.* 17. *pr. ff. de Acquir. vel amitt. poſſ.* & hæreditas, etſi jaceat, ſucceſſio in univerſum jus defuncti dicitur, *L.* 26. *ff. de R. J.* pro ſuccedendi jure, ut eſt in *L.* 208. *de V. S.* Ita cum reo competere exceptionem, Judici executionem, dicimus, non actus, ſed facultas intelligitur, & ita de aliis: eadem ratione verba ſtare, ſedere, tenere, quibus hic utitur JCtus, & ſenſu Juris ſtandi, ſedendi, tenendi facultatem & potentiam ſignificant, non actum.

Unde

Unde certa prorſus & infallibilis eſt illatio ac demonſtratio Pauli, *quod duo eandem rem in ſolidum poſſidere nequeant*. Cum enim poſſeſſor ſit, qui habet naturalem facultatem tenendi aut inſidendi, & per naturam impoſſibilis ſit penetratio, ut ſcholæ loquuntur, dimenſionum, naturalis pugna & contradictio eſt, duos habere facultatem ſimul in eodem loco ſtandi vel ſedendi in ſolidum: nam qui facultatem naturalem tenendi fundum in ſolidum habet, in omni ejus loco & gleba eam exercere, ibique ſtare, ſedere, fodere per ſe vel per alios poteſt; ergo in iisdem locis ac glebis alius eodem tempore non poteſt, ſine penetratione, ut dictum eſt, dimenſionum. Per naturam igitur impoſſibile eſt, ut in eodem loco eadem poſſeſſio, i. e. eadem facultas naturalis tenendi vel incumbendi ſit penes duos in ſolidum, ſed ſi alter in alio loco fundi eam facultatem exerceat, fundum per partes poſſident.

Etſi igitur fieri non poſſit, ut poſſeſſor eodem momento temporis in omnibus fundi locis ſtet vel ſedeat, non tamen ideo deſinit poſſidere in ſolidum, nec aliquid impedit, quo minus alium ab omnibus locis excludere poſſit: quia non requiritur, ut actu ubique ſtet, ſedeatque, cum poſſeſſio non in actu, ſed in facultate conſiſtat, adeoque ſufficit, quod nullus locus, nulla fundi gleba ſit, cui non per ſe vel per alios inſiſtere actusque poſſeſſoris ibi, ſi velit, exercere poſſit; quo ipſo natura contradictorium eſt, eandem facultatem in eodem loco alterius in ſolidum eſſe.

„Nec vero officit, quod facultas illa exerceri ſæpe non poſſit, uti no„ctu, vel per abſentiam, morbum &c. Nam primum ea eſt natura huma„narum facultatum, ut indeſinenter exerceri nequeant. *L.* 14. *pr. ff. de Ser„vit.* Dormiente homine, nec mens actu cogitat, nec ſenſus fere ſentiunt; „neque tamen illa deſinit eſſe facultas cogitandi, neque hi, ſentiendi. Ne„que hic defectus eſt in facultate, ſed extra eam, ſcil. in organis, non ita „jam diſpoſitis, ut facultas per ea exerceri poſſit. Uti cum homo noctu „non videt, impedimentum eſt non in oculo, ſed in aere non illuminato. „Ergo facultas tenendi rem manet, etſi impedimentum ſit extra rem, ut „exerceri non poſſit, v. g. per poſſeſſoris abſentiam, morbum, tempeſtates, „itinere obſeſſo, portis clauſis, ibi nam & his caſibus tamen per alios ex„erceri poteſt, niſi ipſa facultas extincta ſit in re, uti ſi alius eam teneat; „quia duo tenere in ſolidum non poſſunt.„

Quanquam vero multæ ejusdem rei poſſeſſionis plurium ſæpe concurrere videantur, non tamen illæ poſſeſſiones concurrunt in ſolidum, *ſed vel alter plane non poſſidet, vel neuter in ſolidum: Utriusque* membri exempla videbimus.

Et

Et primum quidem plane non possidet, qui alterius tantum nomine possidet, uti colonus, depositarius &c. non enim illi, sed solus dominus per illos possidet, & per illorum corpus, quasi per instrumentum tenet. Eodem modo ac si faber forcipe ferrum tenet, non forceps, sed faber tenet per forcipem, tanquam instrumentum; neque hic duplex est actio, sed una. Contingit hoc in constituto, quoties rem, quam meo nomine possedi, jam alterius nomine possidendam constituto, tunc desino possidere, & *ille* possidet, cujus jam nomine possideo, & ego nudus sum alterius minister, per *L.* 18. *pr. de Acquir. vel amitt. possess. Adde L.* 13. §. 12. *de Haer. pet. & L.* 15. *de Const. pecun.*

Neuter vero in solidum possidet: cum ex alia atque alia causa, vel alio juris genere quisque possidet: tunc enim quisque tantum possidet quoad effectus, qui ex suo jure, quod in re habet, nascuntur: non vero in solidum. Ita, cum *Ususfructus* rei penes alium est, & dominus civiliter, & fructuarius naturaliter possideat; Dominus rem ipsam quoad effectus proprietatis, sed per corpus fructuarii, hic quoad jura ususfructus per se dicitur possidere. *L.* 12. §. 3. *Ad exhib.* Domini possessio dicitur civilis, fructuarii naturalis. *L.* 12. *pr. de Acquir. vel amitt. poss.* Ita vasallus, emphyteuta, superficiarius possidem rem quoad jura dominii utilis per se, Dominus quoad jura dominii directi, sed per vasallum &c. Maritus rem dotalem quoad jura dominii civilis per se, uxor quoad jura dominii naturalis per maritum; Debitor pignus quoad jura dominii per creditorem; hic quoad jura pignoris per se, &c. In his omnibus causis ergo semper unius tantum corpore res tenetur in solidum, &, si ille nullum jus in rem habet, non ipse, sed dominus per ipsius corpus possidet, & tunc una tantum possessio est; vel habet & ipse quoddam jus in rem & quoad illius effectus ipse quoque possidet, neuter vero in solidum.

In sequestro & precario paulo alia ratio est ab ante dictis diversa, sequester enim & precario tenens nullum jus in rem habent, & tamen possessio ipsis concessa dicitur; quia vero possessionis effectus ipsis permissi sunt, sequestro scil. ad custodiam, *l.* 1. §. 17. *Depos.* alteri quoad usum, *l.* 2. §. *f. ff. de Praecar.* qui sequestro dat, desinit possidere, *d. l.* 17. §. 1. excepto effectu usucapionis. *L.* 39. *ff. de Acquir. vel amitt. possess.* Qui precario, possidet jura dominii per eum, cui dedit. *L.* 4. §. *f. ff. de precar. d. l.* 15. §. 4. *eod.*

Hæc collisio adhuc superesse videtur, si quis, possessore absente, clam ejus possessionem ingrediatur, an uterque possideat? Respondeo, eum quidem corpore tenere, sed nondum apparet, an animo; adeoque pro vero pos-

poſſeſſore nondum habetur, *l.* 6. §. 1. *l.* 18. §. *p. l.* 25. §. 2. *ff. de Acquir. vel amitt. poſſeſſ.* cum enim acquiri poſſeſſio ſine animo non poſſit, de eo conſtare debet; atqui qui clam domino ingreditur, metuit dominum, adeoque facile ceſſurus domino accedenti intelligitur. *d. l.* 6. §. 1. *d. l.* 18. §. 3. *L.* 3. *pr. ff. Uti poſſidet.* Quin etſi palam profiteatur ſe poſſeſſorem quoniam tamen nec tum apparet, anne præſente domino deceſſurus, vel ille hunc expulſurus iterum ſit, interim res in ſuſpenſo eſt, & retinet abſens poſſeſſionem. *d. l.* 6. §. 1. *d. l.* 25. §. *f.* Verum, ſi præſens dominus, vel non auſit in fundum reverti, vel reverſum alter non admiſerit, aut vi repulerit, amiſit omnino poſſeſſionem. *d. l.* 6. §. 1. *l.* 7. *ff. eod. d. l.* 25. §. *f.* Cum enim qui eum repulit, jam facultatem tenendi ſolus habeat, & in ſolidum, (jure, an injuria, in ſumma poſſeſſionis nihil intereſt), per naturam alter eandem facultatem amplius habere nequit. „Cæterum hæc colliſio id tan„tum operatur inter collidentes, nihil vero pertinet ad extraneum, qui ante „poſſedit, & dejectus non eſt, adeoque poſſeſſionem nihilominus animo re„tinet, *d. l.* 6. §. *f.* & inde oritur *caſus ille* ſpecialiſſimus, quo duo in ſo„lidum intelliguntur poſſidere," ſcil. cum, abſente fundi poſſeſſore, Titius clam ingreditur fundum, non poſſidet Titius, uti dictum eſt: ſed ſi hunc Titium vi Sempronius dejiciat, tum Sempronius vi, adeoque vere, poſſidet, ut prædo, contra Titium; cum abſente vero nondum vires ſuas periclitatus eſt Sempronius, nec ille dejectus eſt, & potuit quidem prædo iſte potentior eſſe dejecto, ſed infirmior abſente. Ergo abſens nudo animo retinuit poſſeſſionem civilem, hic corpore & animo eandem nactus eſt, atque adeo ratio Pauli, qui de duorum naturali poſſeſſione, non cum alter animo, alter corpore poſſidet, tractat, in *l.* 1. §. 1. *ff. de Acquir. vel amitt. poſſeſſ.* plane huc non pertinet. Unde neuter ſuperior erit interdicto, etſi alter prædo ſit; quia non agitur de jure, ſed de nudo facto poſſeſſionis; & unice ſuccurritur illi actori, qui ab ipſo adverſario ſuo ſeu reo convento, vi, clam vel precario tenet. Inter abſentem igitur & prædonem hunc non interdicto ſeu de poſſeſſione, ſed in petitorio de jure agendum erit. *L.* 3. *pr. ff. uti poſſid.* Atque hic unicus ille caſus eſt, quo ex æquitate mere Civili duo in ſolidum poſſidere poſſunt, & extra eum nulli alii, ut nec precario duo habere rem in ſolidum poſſint. *L.* 19. *pr. ff. de Precar.* Et ita omnia ſoluta eſſe videntur dubia, & ea quoque pro parte, quæ in ipſa Lege opponuntur: ſatisfactum enim jam eſt rationi Sabini, *quod in precario poſſidere videantur & dans, & accipiens.*

Supereſt ut paucis evolvam Trebatii ſententiam, qui, *alium juſte, alium injuſte poſſidere poſſe, concedit, ſed duos juſte, vel duos injuſte non poſſe.* Verum recte a Labeone reprehenditur addita ratione: *quia in ſumma poſſeſſionis nihil intereſt, juſte quis, an injuſte poſſideat*, &, uti egregie in *L.* 2. *Uti poſſid.* hoc illuſtrat: qua-

qualiscunque possessor, hoc ipso, quod possessor est, plus juris habet, quam ille, qui non possidet: ratio rationis hæc est, quod possessio in mero facto consistat, adeoque nulla ibi de jure sit quæstio, per *l.* 12. §. 3. *de Capt. & postl. l.* 1. §. 3. *de Acquir. vel amitt. poss.*

Qu. V. *Quibus modis amittatur possessio?*

RESP. Regula generalis est, possessionem tolli, quoties vel animus, vel facultas naturalis tenendi amittitur in perpetuum: nam *animus* est anima possessionis, *l.* 1. §. 15. *Si is, qui test. lib. l.* 1. §. 3. *de Acq. vel amitt. poss.* & *facultas tenendi* ex proprietate vocis, quæ ex *posse* & *sedere* composita est, ad essentiam possessionis pertinet. His duabus partibus necessariis constituitur possessio, adeoque altera sublata necessario desinit possessio. *Dn. Par. Disp. de Jur. ejus, quod facti &c. Sect.* 4. §. 1. 2. 3. & 4.

Laut. pag. 572. verb. *amissio est.*

Tollitur igitur (1) si animus possidendi desinit, *l.* 3. §. 6. 7. *L.* 8. *de Acq. vel amitt. possess.* quod fit vel morte possessoris, *L.* 23. *ff. eod. L.* 1. *C. de SS. Eccl.* vel facto ipsius, si nolit amplius possidere, *l.* 3. §. 6. *l.* 17. §. 1. *ff. eod.* uti in constituto possessorio, *L.* 9. *L.* 18. *pr. de Acq. vel amitt. poss.*

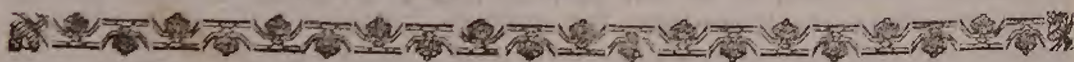
INSTO, quod nemo sibi ipsi causam possessionis mutare possit.

RESP. Potest tamen amittere solo animo, *l.* 3. §. 6. *h.* & vacuam alieno nomine apprehendere, quod fit in constituto. *d. l.* 18. *pr. l.* 19. §. 1. *h.* Eadem ratio est, & desinit possessio, cum is, cujus corpore possidetur, v. g. colonus, vel moritur, vel possessione cedit, *arg L.* 31. *l.* 40. §. 1. *pr. eod.* quia naturalis facultas corpore tenendi non in corpore possidentis, sed coloni consistit, quæ sine animo tenendi esse non potest: ne tamen possessori casus vel malitia alterius noceat, certo modo ei succurritur, *l.* 40. §. 1. *in fin. L.* 44. *in f. ff. eod.* Justinianus demum in *L f. C. de Acquir. vel amitt. poss.* remedium recuperandæ dedit: quæ omnia latissime persequitur *Dn. Par. in dict. disp. Sect.* 4. *per tot.*

Tollitur (2) si facultas naturalis in perpetuum exstinguitur: quod fit duplici modo, cum ipsa res possessa interit, v. g. annulo in Oceanum dejecto, *L.* 23. *ff. praesc. verb.* & aliis exemplis, *dict. disp. Sect.* 5. § 1. allatis; vel cum illa alicui per alium ademta est, uti, cum res furto ablata, *L.* 15. *ff. de Acq. vel am. poss.* vel vi quis dejectus est, *l.* 1. §. 45. *ff. de*

Vi & vi arm. cum duo in solidum possidere nequeant. *d. Sect.* 5. §. 2.

Requiritur autem ad hoc, ut extincta dicatur naturalis facultas tenendi (1) ut neque per se, nec per alium exerceri possit; (2) ut in perpetuum sublata sit; (3) ut constet, in perpetuum sublatam esse; nam quamdiu id non probatur, solo animo alter retinet possessionem: ita fera, quæ evadit, non amittitur, quamdiu in conspectu est, nec spes eam recuperandi evanuit. §. 12. *vers. cum vero &c. Inst. de Rer. div.* Hinc dominus absens retinet animo possessionem, etsi (α) alius clam ingressus sit, & corpore clam teneat; quia nescitur, anne forte qui clam possidet, revertenti domino cessurus sit: vel (β) is, qui clam ingressus eam est, a tertio dejectus sit; quia nondum apparet, quod dominum quoque revertentem admissurus non sit. Utroque ergo casu solo animo retinetur possessio, *L.* 3. *pr. ff. Uti possid. l.* 1. §. 24. *de Vi & vi arm.* idque usque eo, donec ignorat alium ingressum, *l.* 4. *de Acquir. vel amitt. possess.* nec in continenti recuperat. *arg. l.* 17. *de Vi & vi arm.* Adeoque absens amittit talem possessionem, *vel* si reversus non admissus fuerit, *L.* 6. *in f. de Acquir. vel amitt. poss. L.* 25. §. *f. ff. eod. vel* si accedere non ausit vim metuens, *L.* 7. *L.* 52. *in f. ff. eod. vel* si alias neglexerit recipere possessionem in continenti, *dict. sect.* 5. §. 3. 4. 5. 6. i. e. si vel non ipse continuo possessionem intret, vel reversus possessionem remediis retinendi non defendat. Unde sola verbalis denunciatio non sufficit, quæ ratio est, cur novum opus *verbis* nuntiando amittamus possessionem, non si *lapilli jactu* nuntiatio fiat. Vid. *supr. tit. de Op. nov. nunc. q.* 2. Quæ omnia latius explicat *Dn. Par. in dict. sect.* 5. §. 7. *& seq.*



LIB. XLI. TIT. III.

DE

USURPATIONIBUS ET USUCAPIONIBUS.

Laut. pag. 574. verb. *olim differebant &c.*

Qv. I. *Quomodo differant usucapio & praescriptio?*

RESP. (1) *Rebus*: usucapio enim tantum in rebus Italicis obtinet; præscriptio etiam ad res provinciales pertinet. (2) *Tempore*: illa enim perfici-

ficitur decem annis inter præſentes & viginti inter abſentes; hæc præterea 30. vel 40. annis. (3) *Cauſa*: nam illa eſt ex Jure Civili; hæc ex Jure Prætorio. (4) *Forma & modo*: illa enim requirit titulum & bonam fidem; in hac ſolus lapſus temporis ſufficit. (5) *Effectu*: illa enim acquiritur dominium, *L.* 20. *C. de Pact. L.* 1. *ff. h. L.* 8. *pr. C. de Praeſcr.* 30. *ann.* hac ſola exceptio, *l.* 1. §. 1. *pr. C. de Ann. exc.* & ſi bona fides accedit, dominium. *l. p. pr.* §. 1. *C. praeſcr.* 30.

Hodie plerasque differentias inter præſcriptjonem longi temporis & uſucapionem ſuſtulit Juſtinianus in *L. un. C. de Uſuc. transf.* obtinet tamen adhuc hodie præſcriptio longi temporis. Vid. *q. ſeq. p.* 447.

Qv. II. *Quænam ſit origo uſucapionis & præſcriptionis?*

RESP. USUCAPIO ex utilitate publica introducta eſt, ne ſcil. dominia rerum ſint incerta, *l.* 1. *ff. h. pr. Inſt. eod.* dominis enim jura ſua ignorantibus congruum tempus (annus nimirum in mobilibus, biennium in immobilibus) inquirendi in res ſuas, repetendique eas ſpatium conceſſum eſt, quo elapſo in pœnam negligentiæ res ab utente capitur, i. e. acquiritur. *dd. LL.* Modo res in Italico ſolo ſita, & bona fide, juſto titulo, & continuo poſſeſſa fuerit. *dd. Ll. & l.* 3. *ff. h.*

Ex quo apparet (1) ſolis rebus ITALICIS ſive mobilibus, ſive immobilibus, proſpectum fuiſſe, nec ad provincias hæc jura pertinuiſſe: ſed, cum eadem utilitas reipublicæ hic obtinuerit, merito antiqui JCti, uſucapionem annalem ad res MOBILES in provinciis extenderunt, tradente id Juſtiniano in *L. un. verſ. cum autem antiqui &c. C. de Uſuc. transf.*

At (2) Res IMMOBILES provinciales nullo tempore acquirebantur, nec ad eas uſucapio extenſa fuit; hinc Prætor, qui ſupplere defectum Juris Civilis ſolet, PRÆSCRIPTIONEM LONGI TEMPORIS introduxit, ac conſtituit, ut provinciales, qui bona fide, juſtoque titulo, *rem immobilem* longo tempore (i. e. decem annis inter præſentes, & viginti inter abſentes) poſſederunt, eam æque ac Itali per uſucapionem acquirerent. Hanc autem præſcriptionem longi temporis circa *res* ſolis extraneis conceſſam eſſe, apparet tum ex eo, quod Italis per uſucapionem jam proſpectum fuerit, indeque alia præſcriptione non opus fuerit, per *L.* 2. *C. In quib. cauſ. ceſſ. long. temp. praeſcript.* tum ex omnibus textibus, ubi *res* longo tempore præſcribi dicitur, qui non Italos, ſed eos, qui in provincia commorantur, reſpiciunt. Ita *l.* 21. *ff. de Uſuc.* ex epiſtolis Javoleni eſt, adeoque provinciali conſuluit. Totus titulus *C. de Longi temp. praeſcr.* continet reſcripta Imparato-

peratorum ad requiſitionem Præſidum provinciæ vel aliorum in provincia degentium emanata. Sic *Nov.* 119. *c.* 7. & inde deſumta *Auth. Male fidei C. de Praeſcr. long. temp.* miſſa eſt ad Orientalium Prætoriorum Præfectum &c.

Sed & (3) excludebantur ab uſucapione *jura*, ſive realia, ſive perſonalia; quia tota ratio uſucapionis in illis ceſſabat: nam illa conſiſtit in *continuata poſſeſſione*, *pr. Inſt. h.* jura autem *plane non*, nedum *continuo* poſſidentur. *l.* 4. *§.* 27. *ff. de Uſuc. L.* 3. *pr. de Acquir. vel amitt. poſſeſſ.* Atque hoc ita difertis verbis traditur in *l.* 14. *ff.* ibi: *ſervitutes praediorum rusticorum, etiamſi corporibus accedunt, incorporales tamen ſunt, & ideo uſu non capiuntur: vel ideo, quia ſunt ſervitutes, ut non habeant certam continuamque poſſeſſionem. ff. de Servit.* Conf. *L.* 32. *in f. ff. de Serv. urb.* Neque alia tunc in *juribus* cognita fuit præſcriptio præter illam, cujus in contrarium non exſtet memoria. Vid. *l.* 3. §. 5. *de Aq. quot.* At cum æque intereſſet reipublicæ, ut jurium quoque diſceptiones finirentur, rerumque incorporalium quaſi poſſeſſio certa redderetur, PRÆSCRIPTIO LONGI TEMPORIS ad hæc quoque extenſa fuit, & Prætor (*arg. L.* 10. *Si Serv. vind. Dn. Par. in Diſp. de Præſcr. anom.*) ad exemplum rerum (vid. *L.* 2. *C. de Serv.*) jura quoque & res incorporales, quæ uſucapi non poterant, (vid. *L.* 2. *C. In quib. caſſ. long. temp. praeſcr.*) longo tempore acquiri permiſit *dd. LL.*

At hæc præſcriptio longi temporis tam rerum, quam jurium, æque ut uſucapio, requirit bonam fidem & juſtum titulum. *L.* 8. *pr. C. de Præſ.* 30. *vel* 40. *ann. L.* 1. *L.* 2. *C. de Servit. & aqua. L.* 1. *L.* 11. *& tot. tit. C. de Præſcr. long. temp.* Actio autem inde non dabatur, ſed ſola exceptio. *L.* 11. *L. f. C. de Praeſcr. long. temp. l.* 5. §. 1. *ff. de Div. tem. praeſcr.*

Sed cum (4) per uſucapionem & præſcriptionem longi temporis ſaltem proſpectum fuerit poſſeſſoribus, BONA FIDE ET JUSTO TITULO munitis, de caſu autem, ubi hæc requiſita deficiunt, nihil Prætor vel Jus Civile definiverit, (Vid. *Mev. p.* 9. *dec.* 164.), ideo Theodoſius M. OMNES ACTIONES REALES, etiamſi ſine titulo & abſque bona fide res vel jus poſſideretur, lapſu 30. annorum finiri per modum exceptionis voluit, *d. L.* 3. *pr. L.* 4. *C. de Praeſcr.* 30. *vel* 40. *ann.* data tamen actione, ſi bona fides adfuerit. *Goth. ad rubr. C. de Praeſcr.* 30. *vel* 40. *ann.*

At (5) id verum tantum erat de actionibus realibus. *L.* 5. *C. Quib. non obj. long. temp. praeſcript. arg. d. L.* 2. *arg. d. L.* 3. *arg. L. un. C. de Uſuc. transf. arg. L. f. C. de Praeſcr. long. temp. arg. L.* 3. *In quib. cauſ. ceſſ. long. temp. praeſcript.* Perſonalia enim jura erant perpetua, litesque inde orientes immortales. *d. L.* 5. *d. L.* 3. His ergo Honorius & Theodoſius metam po-

posuerunt, volueruntque, ut etiam ACTIONES PERSONALES indistincte, sive bona fides & titulus adsit, sive non, 30. vel 40. annorum spatio præscribantur, *L.* 3. *L.* 4. *C. de Praescr.* 30. *vel* 40. *ann.*

Denique & (6) tempora usucapionis nimis angusta videbantur Justiniano, & maxime inhumanum censebat, absentem vel ignorantem anno aut biennio rei suæ dominio excludi; ideo usucapionem transformavit, & longum tempus præscriptionis usucapioni adjecit, ita, ut hæc non nisi 10. vel 20. (si mobilis esset trium) annorum spatio perficeretur. *L. un. C. de Usuc. transf.* Eoque voluit, ut longi temporis præscriptio jam promiscue, & ad res usucapi solitas, & ad res, quæ usucapi non poterant, pertineret: nam inde jam passim præscriptio longi temporis pro usucapione sumitur. *L.* 8. *pr. C. de Praescr.* 30. *vel* 40. *ann.*

Anne vero hoc modo præscriptio longi temporis sublata est? Sane ita videtur; quia ex Lege Theodosii jura realia, quorum causa præscriptio longi temporis introducta est, non amplius longo, sed longissimo tempore finiuntur. Sed & Justinianus ipsum longum tempus usucapioni mancipavit, ipsamque usucapionem longi temporis præscriptionem passim vocat, *L.* 8. *pr. C. de Praescript.* 30 *vel* 40. *ann.* ita, ut præscriptionis longi temporis nullus superesse usus videatur. At, his omnibus non obstantibus, nihil quoad hanc præscriptionem mutatum esse, puto: nam (1) Theodosius 30. annorum præscriptionem non promiscue in omnibus juribus realibus, sed iis saltem, quæ absque titulo & bona fide penes alium erant, introduxit. *L.* 8. *C. de Praescript.* 30. *vel* 40. *ann.* In illis autem, quæ quis bona fide & justo titulo quasi possidebat, nihil mutavit, sed illæ adhuc longo tempore acquirebantur, idque apparet ex *L.* 3. *C. de Praescr.* 30. *vel* 40. *ann.* ibi: *hae autem actiones* 30. *annis continuis exstinguantur*, *quae perpetuae videbantur*, (at actiones reales non erant perpetuæ, sed longo tempore præscribebantur, si alter bona, fide & justo titulo jus illud possidebat), *non illae*, *quae antiquo tempore limitabantur.* Atque hinc Justinianus, cum annalem exceptionem sustulisset, expresse omnes reliquas exceptiones etiam decennii consistere voluit in *L.* 1. *C. de Ann. exc.* Neque (2) Justinianus transformando usucapionem, præscriptionem longi temporis sustulit, sed usucapionem ad illam produxit, *Huber. prael. ad ff. L.* 8. *t.* 4. §. 5. & temporis differentia saltem sublata est, at quoad rem ipsam differentia mansit. Voluit nimirum Imperator, ut & res, quæ usucapi solebant, & jura quoque, quæ usucapi non poterant, longo tempore præscriberentur. Præscriptio ergo vox generis est, pertinetque & ad res, & ad jura, sive usucapi possint, sive non, & sic usucapio est species præscriptionis, unde & sæpius præscriptio vocatur, sed latius

latius præſcriptio patet, utpote qua jura quoque, quæ uſucapi non poſſunt, acquiruntur: atque hinc nervoſe Juſtinianus, ſe ampliare materiam longi temporis, non ergo tollere, voluiſſe, tradit in *L. un. C. de Uſuc. transf.* Quin decennii exceptionem Juſtinianum conſiſtere voluiſſe, apparet ex *d. L.* 1. *de Ann. exc.*

Hæc ergo præſcriptio longi temporis hodieque obtinet, & hinc male aſſeritur, moribus etiam ſervitutes & res incorporales uſucapi; nullibi enim hoc dicitur, ſed hodieque præſcribuntur: ratio enim uſucapionis eadem eſt, quæ olim, ſcil. continuata poſſeſſio, qualis non eſt in rebus incorporalibus. *L.* 3. *pr. de Acquir. vel amitt. poſſeſſ. L.* 43. §. 1. *de A. R. D.*

Qu. III. *An Uſucapio inventa ſit jure gentium?*

Diſſentit Laut. pag. 572. *verb. inventa Jure Gent.*

NEGATUR: Sed eſt merum inventum Juris Civilis, & propter utilitatem publicam, tum in pœnam negligentiæ, tum ut dominia rerum tandem certa ſint, introducta eſt. *L.* 1. *pr. ff. de Uſurpat. Struv. h.* §. 42. Attamen non contrariatur juri Naturæ, ſed potius ejus æquitati maxime conveniens eſt, ut litium aliquando ſit finis. Conf. *Dn. Parent. Diſp.* 1. & 2. *de Finib. bon. fid. in praeſcr. Jur. can.*

OBJ. (1) *Conſcientiam* tutam non eſſe, ubi quis ſciens rem alienam tenet.

RESP. Leges Civiles, quæ tutam reddunt conſcientiam, id ſtatuunt inprimis cum negligenti in pœnam jus ſuum auferatur.

OBJ. (2) *Nov.* 9. ubi præſcriptio impium præſidium dicitur.

RESP. Imperator in rebus eccleſiaſticis breve ſaltem præſcriptionis tempus improbat.

EXCIPE præſcriptionem immemorialem: hæc enim ab ipſa natura eſt, ut infra demonſtrabitur.

Qu. IV. *An jura quoque uſucapiantur?*

NEGATUR: Idque rationibus quoque probavi *ſupr. q.* 2.

Hinc fruſtra quæritur, an in uſucapione jurium requiratur titulus: cum enim plane uſucapi non poſſint, nec opus eſt titulo.

At rectius quæritur: an in præſcriptione jurium requiratur titulus? Et affirmatur de præſcriptione longi temporis. *d. q.* 2.

OBJ.

Obj. *L.* 10. *pr. si serv. vind.* ubi præscriptio longi temporis etiam sine titulo procedit.

Resp. Ibi alia præscriptionis species est, non quando acquiritur res ab alio, sed quando quis ipse re aliena utitur, non vi, non clam, non precario: tunc enim alio titulo opus non est. *Vid. infr. q.* 27.

Qu. V. *An titulus putativus sufficiat ad usucapionem?*

Neg. Nam si verus titulus non est, non justa, sed stulta opinio est, si quis credat, se dominum factum sine titulo cum nec emerit, nec ulla causa præcesserit, ex qua dominus fieri possit: omnes enim sciunt, se non esse dominos rei alienæ, nisi legitime acquisiverint. *L.* 27. *h.* *Laut. pag.* 573. *verb. nec sufficit &c.*

Exc. Si justa sit opinionis causa, ut si forte errat in facto alieno: tunc enim usucapit pro suo, *tot. tit. Pro suo.*

Qu. VI. *An superveniens mala fides tollat usucapionem?*

Negatur: de Jure Civili, cujus rationem dedi *Part.* 1. *Lib.* 6. *tit.* 2. q. 4. p. 479. *Laut. pag.* 573. *verb. ad minimum tempore traditionis. &c.*

At aliud est Jure Canonico, ubi semper bona fides requiritur; quia quicquid non ex fide fit, peccatum est.

Equidem dispositionem Juris Civilis societati humanæ magis convenientem, & ad tranquillitatem reipublicæ magis aptam esse, evicit Dn. Parens binis disputationibus *de Finibus bonæ fid. in Praescr. Jur. Can.*

Qu. VII. *Cur in emtione requiratur bona fides etiam tempore contractus, & cur in aliis negotiis sufficiat, eam adesse tempore traditionis?*

Resp. In sola emtione duo actus necessarii sunt, unus, quo definitur pretium, qui præcedit, alter, quo pro pretio traditur: uterque est necessarius, eoque sine vitio esse debet; at in reliquis contractibus causa & traditio uno actu fieri possunt, ut in *donatione, dote, solutione &c.* nec opus est, ut conventio quædam præcedat, & tunc traditio sequatur, sed sufficit, rem ex causa ea tradi. Idem est in *stipulatione*: etsi enim requirat, ut verba præcedant, tamen cum ipsa supponat aliam causam, & nuda cautio sit, traditio valebit ex causa, ob quam stipulatio interponi debuit. Nec requiruntur verba ad transferendum dominium, sed ad cautionem. In *dote* nuptiæ quidem requiruntur, sed hi distincti sunt contractus de nuptiis & *Laut. pag.* 573. *verb. in emtione venditione &c.*

& de dote: in illis non agitur de rei traditione: in *legato* itidem aliud negotium eſt inter defunctum & hæredem, aliud inter hunc & legatarium, de quo ſolo quæritur, an legatarius ab initio ſit in bona fide.

OBJ. (1) *L.* 10. *pr. h.* ubi in emtione quoque ſufficit juſtus titulus tempore traditionis.

RESP. Non quæritur: an bona fides tempore emtionis ſit neceſſaria; ſed ex quo tempore uſucapio currere incipiat?

RESP. Tempore traditionis; quia tunc poſſeſſio incipit, ſine qua res uſucapi non poteſt.

OBJ. (2) *L.* 7. §. 4. *Pro emt.* ubi ſufficit, tempore contractus bonam fidem adfuiſſe; quia dicitur, eum, qui bona fide emit, & amiſſa ac recepta poſſeſſione ſcit alienum eſſe, & eum, bona fide emit, & mox re tradita ſcit alienum, non eſſe ſimiles: eſſent autem, ſi uti nec hic, ita nec ille poſſent uſucapere.

RESP. Quærit JCtus: an ſuperveniens mala fides ſecundæ poſſeſſionis noceat, quod affirmatur.

INSTAT: Atqui ſi ſemel bona fide emtum & traditum ſit, ſuperveniens mala fides non nocet.

RESP. Non eſſe ſimile, quia tunc unius negotii continuatio eſt, ſed amiſſa poſſeſſione novum initium, novumque factum hominis eſt, quod vitio carere debet. Semper ergo ponitur caſus, quo bona fide emtum & traditum eſt, & tum quæritur, an ſuperveniens mala fides noceat?

RESP. Continuata poſſeſſione non rupta nocet; quia alia poſſeſſio novumque initium eſt, & ſic diſſimile: nam mala fides tunc non ſupervenit, ſed ab eo incipit,

Conf. *Bach. & Vinn. ad pr. I. h. n.* 2. *Laut. pag.* 573.

QU. VIII. *An uſucapione etiam per alium acquiri poſſit?*

AFFIRMATUR, Modo ſciverit, *d. l.* 47. *l.* 49. §. *f. de Acqu. vel amitt. poſſ.* In quo differt a dominio, quod etiam ignoranti acquiritur, *L.* 13. *de A. R. D.* uti ſi vel mandavit, vel ratum habuit: nam in ipſa uſucapientis perſona inſpicitur bona vel mala fides, nec poteſt putare, ſe bona fide accepiſſe, qui neſcit, ſe accepiſſe.

OBJ.

Obj. §. *pen. per quas perf. cuique adqu.* ubi utrumque æque acquiritur ignoranti.

Resp. (1) Comparatur dominium & ufucapio in eo, quod per liberam perfonam acquiri poffit; quia actu corporis traditur, non autem in eo, quod uterque ignorans; quod plenius in dd. LL. diftinguitur.

Resp. (2) Dicitur tantum de poffeffione, quod ignorantibus quoque adquiratur, nec in eo diftinguuntur; deinde additur, per eam etiam dominium vel ufucapionem quæri, fed id intelligitur, cæteris paribus.

Qv. IX. *An etiam res incorporales ufucapiantur?*

Negatur, *vid. fupr. qu.* 2. Neque allegata ab autore *Lex. fin. C. de Præfcr. long. temp.* loquitur de ufucapione, fed de præfcriptione longi temporis. *Diffent. Laut. pag.* 573. verb. *& incorporales.*

Qv. X. *An etiam res propria ufucapi poffit?*

Negatur; quia quod meum eft, amplius meum fieri non poteft. *Laut. pag.* 573. verb. *res propria*

Obj. *L.* 15. §. 16. *junct. L.* 44. *de Damn. inf.* ubi miffus in rem fuam ufucapit.

Resp. Miffus ex capite damni infecti a Prætore tantum dominus conftituitur non Jure Civili, quo res aliena manet: ergo longo tempore acquiritur quoque dominium Jure Civili; quia ex jufto titulo, autore fcil. Prætore, poffidet: nam Prætor fuos dominos vocat poffeffores.

Qv. XI. *An res extra commercium ufucapi poffint?*

Negatur: Res enim extra commercium dicuntur, quæ plane acquiri & poffideri non poffunt, indeque nec per ufucapionem. *Laut. Pag.* 573. verb. *extra commercium &c.*

Resp. Jus fepeliendi manet domini, & ufucapi poteft, fed non ufus ejus profanus.

Qv. XII. *An liber homo ufucapi poffit?*

Negatur; Quia eft extra commercium. Conf. *L. fin. C. de Praefcr. long. temp.* *Laut. pag.* 573. verb. *liber homo.*

Obj. *L.* 2. *fi lib. ingen.*

Resp. Quæſtioni ingenuitatis olim præſcriptum eſt quinquennio, *d. L.* 2. ſed id ſublatum eſt *d. L. ſ. Vi ita.* Liber homo acquiri poteſt in ſervitute, ſed quæſtioni ſervitutis, vel libertinitatis præſcriptio opponi poteſt. Non ergo tollitur ingenuitas præſcriptione, ſed acquiritur contra ſervitutem, vel libertinitatem.

Qu. XIII. *An res meræ facultatis uſucapi vel præſcribi poſſint?*

Laut. pag. 573. verb. *rei meræ facult. ut ire per viam publicam &c*

Resp. Convenire prius debemus, quænam ſint res meræ facultatis: cum enim in Jure hæ voces non occurrant, varie accipi poſſunt. Nam I. ita dici poſſunt res, quæ non tangunt jus alterius, ſed noſtrum, & in quibus nihil transferri ab uno in alium poteſt, uti nuda facta, in ſe ſpectata, ſine re, v. g. edere, ridere, quæ ab alio non poſſideri, & ſic nec uſucapi poſſunt.

II. Ita dici poſſunt, quæ transferri quidem in alium & poſſideri ab alio poſſunt, atque præſcribi; ſed animus poſſidendi non eſt, & ideo non præſcribuntur.

Unde falſum eſt, quod *ire per viam publicam* ſit res meræ facultatis, uti putat *Laut. pag.* 573. *in f.* ſed eſt jus omnibus commune: neque ideo populus non amittit non utendo, ſed quia alius nemo poſſidet viam. *vid. L.* 2. *ff. de via publ.* & ſic nemo uſucapit. Eodem modo, uti dominus, etſi re ſua per infinitum tempus non utatur, non amittit non utendo, cum de ejus dominio conſtet, ſecus, ſi alius interim viam, ut agrum ſuum poſſideat, præſcribetur: non enim tunc quæritur de jure eundi, ſed de jure rei, quod in alium transferri poteſt, non de itinere, ſed de fundo ſeu re acquirenda. Eadem ratione, ſi ad certum molendinum aliquis diu frumenta pertulit, molitor non ideo jus longo tempore quæſivit; quia non habuit animum poſſidendi alicujus juris negativi ne alio vadat; ſecus ergo, ſi jus ſibi arrogavit, & alio ire prohibuit propter jus molendini ſui: ſi enim alter acquievit, jam prohibitione hac quaſi poſſidet jus hoc negativum, ne alio ire poſſit, & præſcribit.

Colligitur ex his, quod ſi res meræ facultatis de mero actu naturali intelligantur, fruſtra quæratur: an uſucapi vel præſcribi poſſint: ſi vero de tali re agatur, cui jus aliquod cohæret, quoad in alterum transferri poteſt, omnino etiam in rebus meræ facultatis uſu capio vel præſcriptio obtinet, cæteris paribus, ſi ſcil. quis jus poſſederit.

Hinc

Hinc juri reluendi pignoris, annuis reditibus, retrovenditionis juri, decimis &c. omnino præscribi poteſt: de quibus ſingulis ſuis locis.

QV. XIV. *Quid juris circa partum ancillae furtivae?*

RESP. Alia quæſtio eſt, an rei furtivæ fœtus ipſe ſit furtivus, alia autem, a quo uſucapi poſſit. *Laut. pag. 574. verb. partu ancillae &c.*

Rei furtivæ fœtus furtivus eſt, ſi apud furem ipſum vel editus, vel ſaltem conceptus eſt, *L.* 10. *§.* 2. *h. L.* 48. §. 5. *de Furt.* quia ſciens contrectat fœtum alienum, dum matrem, cujus pars eſt, contrectat. Non ſi apud furis hæredem, nedum alium bonæ fidei poſſeſſorem conceptus eſt; *d. l.* 10. §. 2. quia, cum hi bona fide ancillam teneant, nullus contrectandi animus videri poteſt. Idque adeo verum eſt, ut licet bonæ fidei poſſeſſor, antequam partus edatur, reſciſcat matrem eſſe alienam, non fiat furtivus, *L.* 44. *h.* quia ſuperveniens mala fides non nocet, nedum furem facit, *L.* 44. *h.* At ſi reſciſcat, eſſe furtivum, furtivus eſt fœtus, *l.* 4. §. 18. *h.* quia de furto ſciens participat.

Hæres nec partum, nec fœtum rei furtivæ uſucapere poteſt, etſi non ſit furtivus, *l.* 4. §. 15. *h.* quia hæres ſuccedit in vitia defuncti, *L.* 11. *de Publ. act.* ſcil. in malam fidem, non ergo, quia furtivus: fœtum enim, qui nondum fuit, nemo contrectavit, ſed fur matrem nondum prægnantem: fœtus igitur purus eſt, & uſucapi poteſt, ſed perſona in vitium ſuccedit.

OBJ. Atqui eſt pars rei furtivæ, *l.* 10. §. 2. *h.*

RESP. Negatur, ſed inde ſeparatus eſt. Acquirere vero jure fructuum bonæ fidei poſſeſſor poteſt fœtum, non partum, *l.* 48. §. 5. *& 6. de Furt. l.* 4. *§.* 19. *h.* homo enim non eſt in fructu; at fœtus eſt: uti ergo bonæ fidei poſſeſſor Jure Gentium omnes fructus perceptos acquirit, ita & fœtum.

QV. XV. *An vi poſſidens uſucapere poſſit?*

NEGATUR: Modo (1) alter vi dejectus ſit, & (2) alter vi teneat: nam ſi tantum dejecit, res non eſt vi poſſeſſa. Interdicto quidem tenetur prædo, ſed res vitioſa non eſt; *d. l.* 33. § 2. *h.* Indeque uno horum requiſitorum deficiente uſucapi omnino poteſt. *Laut. pag. 573. verb. quae cumulative &c.*

OBJ. *L. ſ. C. Unde vi.* ubi præſcribitur vi quoque poſſeſſis.

RESP. Agitur de præſcriptione 30. annorum: nam interdicto de vi præſcribi poteſt, non vero res vi poſſeſſa uſucapi.

Qv. XVI. *Quando vitium purgetur ad effectum, ut res usucapi possit?*

Laut. pag. 574. verb. quod fit &c.

RESP. Purgatur vitium ad effectum usucapionis, (1) revertitur jure, *l.* 4. §. 12. ita scilicet, ut auferri iterum nequeat: nam si dominus fundi expulit possessorem, non redit in domini potestatem, cui interdicto id iterum auferri potest, *d. L.* 4. §. 26. (2) Eodem jure, quo ante habuit, *d. L.* 4. §. 12. non ex nova causa: (3) In potestatem ejus, cui ablatum est; adeoque regulariter domini, *d. L.* 4. §. 6. quia vitium rei purgatur, cum in priorem statum, in quo ante vitium fuit, restituitur. *L. fin. h.* Idem est, si in potestatem hæredis redierit, si vitium, quod obstabat, ex re est, *l.* 24. *§.* 1. *h.* sed & sufficit, si in bonæ fidei possessoris, cui furto res ablata est, potestatem redeat.

Qv. XVII. *An videatur purgatum vitium, si res pervenerit in manus creditoris?*

Laut. pag. 574. verb. aut si dominus &c.

RESP. Si debitor, qui rem *alienam* creditori pignori dedit, eam surripuerit, usucapi potest, si in creditoris saltem potestatem redierit, *L. f. h. L.* 5. *Pro emt.* quia is prior status fuit: secus si non tradita, sed hypothecæ saltem res obligata fuit, eam enim non sufficit reverti ad creditorem, in cujus potestate nunquam fuit. *L.* 6. *C. Pro emt.*

Si debitor rem *suam* creditori pignoratam eripuerit, ac vendiderit, quæ deinde ad non dominos bona fide pervenit, usucapi potest, quia furto ad ipsum dominum rediit, a quo emtor statim dominium, non usucapione, accepit. Ex quo igitur conditio usucapiendi cœpit, furtum nullum fuit, & novum initium est usucapionis. Tunc autem res furtiva non potest usucapi, cum ex furto ad non dominum pervenit, adeoque ab initio vitioso incipiat, *d. l.* 4. §. 21.

Atqui domino eripienti res auferri iterum potest a creditore.

RESP. Non potest, ubi vendidit, etsi eum personaliter convenire possit.

Qv. XVIII. *An res pupilli usucapi possint?*

Laut. pag. 574. verb. res pupillares.

RESP. In rebus pupillaribus nec usucapio, nec præscriptio currit, *l.* 3. *l.* 7. *pr. &* §. 1. *C. de praescr.* 30. *vel* 40. *ann.* quia utraque oritur ex negligentia & culpa, quæ eos non obligat, nec facto suo aliquid amittere possunt.

OBJ. (1) *L.* 2. §. 15. *Pro emt.* ubi a pupillo emens usucapit, si putavit esse puberem.

RESP.

Resp. Non fuit ibi res pupillaris, ſed aliena, quæ uſucapitur. Opinio autem ibi ſuſtinet titulum; quia & emtor eſt in bona fide, putans, errore facti eſſe puberem, & pupilli conditio melior ſit, ne ex evictione teneatur. Ergo procedit uſucapio contra dominum, non contra pupillum, cujus res non fuit.

Obj. (2) *L.* 2. *de Eo, qui pro tut.* cui contraria eſt *l.* 4. §. 24. *de Dol. exc.*

Resp. Agitur de caſu, quo non tertius rem pupilli, ſed ipſe tutor vel protutor vendidit, hoc caſu deſinit eſſe pupilli, ſi tutor vendidit, quia domini loco eſt, non autem ſi protutor, *L.* 2. *de Eo, qui pro tut. d.* §. 24. ſed hoc tamen caſu uſucapio ipſo jure procedit, quia a protutore vendita eſt nomine ipſius pupilli, ſed pupillus ante uſucapionem ſemper vindicare poteſt, *d. l.* 2. non poſt uſucapionem, niſi protutor dolo egerit: tunc enim exceptio doli locum habet, de quo eſt *d. l.* 4. §. 24. At ſi tutor alienaverit, nocet ejus dolus pupillo, ſi ipſi cautum ſit. *d.* §. 24.

Qv. XIX. *An Res, fiſco nunciatae, poſſint uſucapi?*

Vulgo putant, quadriennio præſcribi res nunciatas, ex quo nunciatæ, ſed a fiſco neglectæ ſunt, *Peregr. de J. fiſc. L.* 6. *tit.* 8. *n.* 40. *Brunn. ad L.* 1. *C. de Quadr. praeſcr.* ſed male, quia expreſſe ſaltem nunciationi quadriennio præſcribitur, *d. l.* 1. *C. l.* 1. §. 2. *de Jur. fiſc. l.* 10. §. 1. *de Div. temp. praeſcr.* (3) *Laut. pag.* 574. *verb. fiſci &c.*

Adeoque ſi nunciatio fiat intra quadriennium, non obeſt ei, qui ante eam uſucapione vel præſcriptione e bonis vacantibus aliquid quæſivit, neque tollit præſcriptionem bonorum vacantium, quæ ante impleta eſt, triennio, vel longo forte tempore: vel quæ jam coepit bonis nondum vacantibus. *l.* 18. *h.* §. 4. *h.*

Sed ipſi nunciationi præſcriptum fuit quadriennio, nec deinde bona amplius nunciari potuere, *L.* 1. *C. de Bon. vac. l.* 1. §. 2. *de Jur. fiſc. l.* 10. §. 1. *de Div. temp. praeſcr.* ſed tuti fuere poſſeſſores bonorum vacantium.

Qv. XX. *An haeres in mala fide conſtitutus, continuet uſucapionem, a defuncto bona fide coeptam?*

Affirmatur: Hæres enim ſequitur vitia & virtutes defuncti, quæ rei cohærent, & uſucapionem implet ex cauſa defuncti, non propria. *Laut. pag.* 574. *verb. nam ſi defunctus.*

Igi-

Igitur hic tantum inſpicitur bona & mala fides defuncti, non hæredis: titulus enim hæredis eſt titulus ſucceſſivus in titulum defuncti, & innuit, eodem titulo teneri: v. g. ſi emit defunctus, hæres habet ex titulo emti hæreditario; quia in jus emtum ſuccedit. Conf. *L.* 11. *de Divers. temp. praeſcr. L. f. C. de Uſuc.* At ſingularis ſucceſſoris titulus non eſt ſucceſſivus alterius, ſed proprius, ut ſi autor ex donatione accepit, ſucceſſor emit, diſtincti plane tituli ſunt, & ſi autor emit & vendidit alii, duplex emtio & titulus eſt.

QV. XXI. *An haeres, defuncto in mala fide conſtituto, ex ſua bona fide inchoare uſucapionem poſſit?*

Diſſent. Laut. pag 574. verb. *Poteſt tamen &c.*

NEGATUR: Quia in *§. praeced.* dictum eſt, hæredem ſequi vitia & virtutes defuncti. Nec titulus pro hærede ſufficere poteſt, ſi in defuncto vitioſus eſt; quia non niſi ejus jure utitur. *Vid.* §. 7. *h. L.* 11. *de Div. temp. praeſcr. L.* 10. *C. de Acq. vel amitt. poſſ. Vinn. ad* §. 7. *I. h. n.* 5. *Add. L.* 4. *C. de Long. temp. praeſcr. L. f. C. Comm. de Uſuc.* Atque hinc eſt, quod furis hæres rei furtivæ partum & fœtum non poſſit uſucapere, etſi non ſit furtivus. *l.* 4. §. 15. *l.* 10. §. 2. *h.*

Eamque ſententiam defendunt *Bach. & Carpz. apud Laut. p.* 575. *pr. Dn. Berger. h. Zoeſ. h. n.* 64. 65. *Stryk. U. m. h.*

DISSENTIT *Laut. pag.* 575. *per L. p. & t. t. Pro haer.* ubi hæres uſucapit.

RESP. Si non obſtet mala fides defuncti, ſcil. ſi putet hæreditariam, quæ commodata fuit defuncto, non quam is mala fide poſſedit. Illo caſu non fuit vitium defuncti, adeoque nec in id ſucceditur, & titulus pro hærede eſt pro ſuo & juſta cauſa.

Titulus pro hærede regulariter eſt pro ſuo, & hæres quoque a ſe incipere poteſt, ſed, cum ſua natura ſit ſucceſſivus in jus defuncti, idque ſignificet, non poteſt perficere uſucapionem, quæ cœpit a vitio defuncti, ſed in hoc ſuccedit. § 7. *I. h. L.* 11. *de Div. temp. praeſcr. L.* 10. *C. de Acquir. vel retin. poſſeſſ. Vinn. ad d.* §. 7. *num.* 5.

QV. XXII. *An ſingularis ſucceſſor in mala fide conſtitutus continuet uſucapionem ab anteceſſore bona fide coeptam?*

Laut. pag. 575. verb. *modo uterque.*

NEGATUR: ſed ipſe quoque in bona fide eſſe debet; quia ex propria cauſa uſucapit, v. g. ex emto, donato &c. Etſi ergo utatur acceſſione, non tamen præſentat defunctum ut hæres, nec ipſius cauſa utitur, ut hæ-

hæres, ſed propria, quæ diverſa eſt a cauſa defuncti, & in novo negotio conſiſtit: adeoque ea quoque incipere debet bona fide, ne principium & cauſa uſucapionis ſit vitioſa. Conf. *l.* 2. §. 17. *Pro emt.*

Obj. (1) §. 8. *Inſt. h.* ubi dicitur, conjungi tempora.

Resp. Poſitis terminis habilibus, ſi ipſe ſingularis quoque ſucceſſor in bona fide ſit.

Obj. (2) *L.* 6. *de Itin. act. priv.*

Resp. Ibi ſemel impleta eſt anni præſcriptio.

Qu. XXIII. *An ſucceſſor ſingularis ex ſua perſona uſucapionem inchoare poſſit?*

Affirmatur, ſi in bona fide ſit: Ratio enim, quæ in hærede continuationem impedit, ceſſat in ſucceſſore ſingulari. *Vid. ſupr. q.* 20. *Laut. pag.* 575. verb. *poteſt tamen.*

Exc. Si domino ſciente malæ fidei poſſeſſor alienavit, ſucceſſor longo tempore præſcribit, *N.* 119. *c.* 7. & *Auth. malae fidei C. de Praeſcr. long. temp.* quia non fit injuria negligentia domino.

Qu. XXIV. *Cur res mobiles breviori tempore uſucapiantur, quam immobiles?*

Resp. Quia negligentia minus excuſari poteſt circa mobilia, quæ quotidie ad manus eſſe debent & ſolent, unde veteres putarunt, triennium ſufficere patrifam. in res ſuas inquirenti. *Laut. pag* 575. verb. *in re mobili &c.*

In rebus immobilibus aliquando non conſtat de juribus domini, inprimis ſi literæ ad manus non ſint, ſane poſſeſſores declarare arcana poſſeſſionis non ſolent, indeque longius tempus ad ea uſucapienda requiritur.

Conf. *Vinn. pr. h. n.* 3. qui addit rationem, quod rerum mobilium minus ſit præjudicium, quam immobilium.

Qu. XXV. *An per denunciationem extrajudicialem uſucapio interrumpatur?*

Negatur; Quia ſibi imputet dominus, quod ſolutione non ſecuta, vel re non tradita non ſtatim adierit judicem. Adito igitur judice omnino interrumpitur, licet poſtea mora ſequatur; quia ex ordine proceſſus oriri videtur, *L. p. ff. Pro emt.* *Laut. pag.* 575. verb. *aut denunciatio extrajud.*

Exc. (1) Si verus dominus denunciavit emtori, *L.* 17. *C. de R. V.* (2) Si convenire possessorem, vel ob absentiam vel potentiam &c. non possit, & ideo protestetur, *L.* 2. *C. de Ann. exc.* (3) in petitione hæreditatis, *l.* 20. §. 11. *l.* 25. §. 7. *de Pet. haer.* (4) Præscriptio illa extraordinaria, qua quis non vi, nec clam, nec precario jure alieno utitur, interrumpitur quavis interpellatione; quia jam vi vel clam possidere incipit, *L.* 1. §. 5. *Quod vi aut clam.* (5) Hodie semper interrumpitur, si interpellatio malam fidem inducit, *Heig.* 1. *q.* 16. *n.* 64. *Rauchb.* 2. *q.* 28. *n.* 30.

Adeo autem per denunciationem extrajudicialem non interrumpitur usucapio, ut nec sufficiat CITATIO judicialis; Nisi litis contestatio sequatur, *l.* 7. §. 5. *de Praescr.* 30. *vel* 40. *ann.* *L.* 26. *C. de R. V.* *L.* 2. *L.* 10. *C. de Praescr. long. temp.* *L.* 3. *vers. nec sufficiat.* *L.* 7. *pr.* §. 1. *C. de Praescr.* 30. *vel* 40. *ann.* alias enim videtur iterum recessisse a citatione quin magis pro calumnia habetur interpellatio, quam quis non prosequitur, sed deserit: secuta vero litis contestatione cum effectu & plene reus convenitur, estque hic primus actus judicii proprie sic dicti. Quandocunque autem ea sequitur, retro computatur & æstimatur interruptio retro facta ex tempore citationis, *l.* 32. §. 2. *de Usur.* *L.* 26. *C. de R. V.* *d. L.* 7. *pr.* §. 1. *&* §. 5. *d. L.* 2. *&* *L.* 10. mora enim sequens ei non imputatur, sed oritur ex ordine processus. Conf. *L. pen. Pro emt. vid. omn. Carpz. dec.* 34. *n.* 3. *&* *p.* 2. *c.* 7. *def.* 5. *Mev. consil.* 81. *n.* 71. *seq. Brunn ad L.* 2. *C. de Ann. exc. Bald. de Praescr. tert. tit.* 6. *& ult. pr. n.* 18. *seq.* Instar justæ interpellationis est, si novus contractus initur, vel cautio inter partes constituitur, quia tunc quoque petitum nec petitio deserta est, *Carpz. p.* 2. *c.* 7. *def.* 1. *seq.* conf. *l.* 7. §. 5. *C. de Praescr.* 30. *vel.* 40. *ann.* item si de ea re transactum sit, *d. L.* 7. §. 5.

Obj. *L.* 17. *C. de R. V.* ubi per denunciationem extrajudicialem aliquis in mala fide constituitur: idem quoque traditur in *L.* 20. §. 11. *L.* 25. §. 7. *de Pet. haer.*

Resp. (1) In *d. L.* 17. non interrumpitur usucapio, sed ab initio in mala fide fuit.

Resp. (2) Malæ fidei possessor incipit, ex quo denunciatum ei est, & ex eo tempore usuras debet tanquam ex mora, sed usucapio non interrumpitur.

Qv.

Qv. XXVI. *An interpellatio reo facta noceat correo, fidejussori, hypothecae possessori, cohaeredi &c.*

Resp. Interpellationem reo factam nocere *correo debendi*, omnes consentiunt; quia omnes debent ex eadem causa, & omnium idem debitum est, *Carpzov. dec.* 34. *n.* 23. *in fin.* Ergo & *fidejussori*: nam fidejussor est accessio alterius, & sic indubie debitum ejus est interpellatum; quin magis idem debet, quam correus, cujus prorsus distincta est obligatio. Unde adeo una illic subest obligatio, ut pactum rei prosit fidejussori, non correo; *vid. supr. tit. de pact. q.* 7. sed & fidejussor non potuit interpellari ob beneficium ordinis, correus potest, & sic in illo minor est ratio negligentiæ, neque dici potest neglectum, quod interpellatum est, electio autem fuit actoris.

Dissentiunt *Dd. Comm. Carpz. dec.* 34. *n.* 9. tum quia fidejussores non sunt correi, tum quia diversa est obligationis species & saltem accessoria.

Resp. Imo de fidejussore dubitatum non fuit ex rationibus adductis, sed de correo dubium fuit; quia hujus obligatio æque principalis, indeque plane distincta est, quæ ab altera non dependet, adeoque separata quoque ibi interpellatione opus videbatur: Justinianus autem his omnibus respondebat, esse tamen unam obligationum causam, immo unum debitum.

Idem ergo statuendum de *Possessore hypothecae*, qui cum ipse non potuit interpellari, necessario ei nocere debet denunciatio debitori facta: nisi possideat hypothecam, nec denunciatio ad eum perveniat; tunc enim ut b. f. possessor usucapit, licet debitor interpellatus sit. Conf. *Mev. p.* 4. *dec.* 189. *Gloss. in l. Fidejuss.* 29. §. *f. Mand. Gomez. resol.* 2. *c.* 13. *n.* 20. *Struv. Ex.* 47. *th.* 4. *Hering. de fidej. c.* 20. §. 18. *n.* 15. *seq.*

Idem quoque obtinet, uno *haeredum* interpellato; quia & hic unum debitum, & una causa est, etsi actiones divisæ sunt. Atque ita anno 1713. Mens. Sept. Facultas Viadrina respondit.

Qv. XXVII. *An in omni praescriptione longi temporis requiratur titulus?*

Resp. Regulariter in præscriptione longi temporis titulum requiri, patet ex *L.* 4. *L.* 5. *L.* 11. *de Praescr. long. temp. L.* 2. *C. de long. temp. praescr. quae pro.* idque latius explicavi supra *q.* 2.

At unus caſus eſt, ubi ſpecialis titulus non requiritur, uti *ſi quis ultro uſus ſit jure in re aliena, non vi, non clam, non precario. L.* 10. *ſi ſerv. vind. L.* 1. *L.* 2. *C. de Servit. l.* 1. §. *fin. de Aqu. & aqu. pluv.* hæc enim præſcriptio ſcientia vel patientia domini, adeoque ipſius fere domini conceſſione nititur, indeque alio titulo non opus eſt; quia nullus titulus magis naturalis eſt, §. 40. *Inſt. de R. D.* Vid. omnino *Brunn. ad d. L.* 2. *Weſenb. tit. de Servitut. n.* 5. *Strav. Ex.* 13. *th.* 30. Conf. *l.* 11. §. 1. *de Publ. in rem act. L.* 15. *L. f. ff. de Servit. l.* 1. §. *f. de Serv. præd. ruſt.* Atque ideo hæc præſcriptio vocatur anomala, ſeu extraordinaria, cujus æquitatem ſolide demonſtravit Dn. Par. *in Diſp. de Præſcript. extraord. &c.* §. 45. *ſeq.* cujus verba hæc ſunt:

Denique hujus, de qua nunc agimus, præſcriptionis extraordinariæ cauſa ſummam inprimis æquitatem habet; & propemodum ipſius domini conceſſione nititur. Quis enim credat, dominum, qui in fundo ſuo, quem poſſidet, alium ſervitutem publice & nemine celato, pluribus annis exercentem, nunquam prohibuit, ipſi eam non conceſſiſſe: aut enim ſcivit, eum tot annos uti, & certum eſt, patientia & ſilentio ſuo conſenſiſſe eum in ſervitutem; *L.* 6. §. 1. *in fin. ff. Si ſerv. vind.* inprimis ſi toto tempore, quo jus contradicendi concluſum fuit, ſiluit: aut vero neſcivit, & cui perſuadebitur, quenquam hominum tam perdite ſupinum eſſe, ut, cum alter palam neminique celatus in fundo ipſius tot annos verſatus fuerit, ille nunquam hoc ſenſerit vel intellexerit, aut, ſi vere neſciverit, eum non meritiſſimo ſuo, & non minus ac ſcientem tam reſupinam negligentiam damno rei ſuæ luere? ne melior ſit conditio ſtulti, quam periti: quæ ſunt verba JCti in *l.* 4. *ff. Quod vi aut cl.* Ut adeo nulla æquior præſcriptionis cauſa fingi poſſit. Atque hinc patet, quatenus intelligendum ſit, quod in *l.* 2. *C. de Servit.* & apud *Dn. Carpz. L.* 1. *Reſp.* 36. *n.* 4. traditur, non fieri ſervitutum præſcriptionem, niſi ſciente domino: is enim, quem jam deſcripſimus, ſcienti comparatur: quod & ex *d. l.* 2. patet, ubi non vi vel clam, & ſciente domino uti, directo invicem opponuntur. Hinc ergo (1) patet deciſio quæſtionis: an ad hanc præſcriptionem, uti ad uſucapionem, requiratur titulus? Quod diſertiſſime negatur in *L. fin. ff. de Acq. pluv.* & *L.* 10. *ff. Si ſerv. vind.* ibi: *non eſt ei neceſſe, docere de jure, quo aqua conſtituta eſt, veluti ex legato, vel alio modo*; ubi jus, quo aqua conſtituitur, nihil aliud eſt, quam titulus, quemadmodum quoque patet exemplo, quod ſequitur, legati, (quod eſt verus titulus uſucapionis, *tot. tit. ff. Pro legat.*) & ſimilium modorum. Et quid opus titulo, cum nitatur ipſius domini patientia, eoque conceſſione ejus tacita, qua nullus titulus magis naturalis eſt; §. 40. *Inſt. de Rer. div.* quin quæ omnes prope titulos complectitur. Illa igitur tot

tot annis continuata domini patientia fortior eſt cauſa, quam quilibet titulus uſucapionis. Adde, quod tituli proprie in eo caſu mentio fit, quo quis ab alio ex juſto titulo aliquid accipit, non vero eum ipſius ſolius facto & uſu, uti hic, acquiritur. Hanc ſententiam probat quoque *Fern. Vasq. controverſ. Lib. 2. c.* 65. *n.* 7. *& ſeqq. Huc usque Dn. Parens.*

Hinc (2) deciditur altera quæſtio: an bona fide opus ſit?

Resp. Nullam de mala fide hic quæſtionem eſſe poſſe, ſi non vi, clam, vel precario, alter uſus fuerit. Hac enim cautela detergitur & diluitur, quicquid a mala fide vitii vel labis adſpergi præſcriptioni potuit; quia qui ſcit, jus illud, quo utitur, ad ſe non pertinere, clam uti intelligitur, niſi opportune dominum certiorem faciat; *L.* 4. *in princ. ff. Pro ſuo. L.* 5. *pr. & §.* 1. *ff. Quod vi aut cl.* Quodſi igitur v. g. denunciavit domino, ſe jus illud ſibi aſſerere, eoque uti, nec dominus tot annis contradixit, ſed ita, ut alter nunciavit, eum uti paſſus eſt, manifeſte jus illud ſervitutis ratum gratumque habet, nec proinde, quod ſemel intra improbandi tempora probavit, iis deinde exactis adhuc improbare poteſt. Cum itaque, ſi non certioravit dominum, clam uti videatur, incidit omnis malæ fidei ſpecies in vitium uſus clandeſtini. *Vid. ſup. tit. Serv. q.* 6.

Requiſita autem hujus præſcriptionis extraordinariæ ſunt: (1) Ut præſcribens non acceperit ab alio, (quia tunc juſtus titulus adeſſet,) ſed ultro uſus fuerit jure alieno: *dict. Diſp.* §. 17. (2) Ut uſus fuerit illo ipſo jure, quod acquiſiturus eſt, *arg.* 2. *F.* 26. quia præſumtus ille conſenſus tantum eſt in eo, quod alter utitur & actu exercet, *dict. Diſp.* §. 19. (3) Non vi, non clam, non precario; quæ formulæ explicantur *ib.* §. 28. *ſeq.* (4) Longo tempore, *d. L.* 10. *d. L.* 2. Etſi (5) titulus non adſit; Nec (6) de bona fide quæri hic poteſt, *dict. Diſp.* §. 46. 47.

Qu. XXVIII. *An præſcriptione extraordinaria longi temporis res ipſæ, earumque dominia acquirantur?*

Negatur, ſed ſaltem *jura* in re aliena, idque ex ipſa hujus præſcriptionis extraordinariæ natura ſolide demonſtravit *Dn. Par. dict. Diſp.* §. 55. ubi ita ait: Sequitur, quænam jura, & inprimis, an res ipſa quoque ejusque dominium hac præſcriptione acquiri poſſit? Quod negamus: nam nec Leges de re ipſa, ſed de jure tantum, quo quis utitur in re, præſcriptionem hanc ſtatuunt. *Vid. L.* 10. *ff. Si ſerv. vind. L.* 2. *C. de Serv. & aq. L. fin. ff. de Aqu. & aqua pluv. arc.* Neque ratio id admittit: ex eo

 enim,

enim, quod quis utitur re aliena, non infertur animus quærendi dominii, cum ex variis aliis caufis, ufusfructus, locati, commodati, &c. uti poffit. Et fupra docuimus, requiri ad hanc præfcriptionem, ut quis utatur jure ifto, quod acquirere vult, qua tali, non ex tali caufa, per *L. fin. ff. quemadm. ferv.* quod vero re ut dominus & animo dominii ufus fuerit, ex folo & nudo ufu non apparet; fed ad hoc opus eft caufa feu titulo dominii translativo, quo folo difcernitur animus dominii ac aliis ufibus ac juribus. Quin, cum dominium regulariter nemo acquirere poffit, nifi re ab alio tradita, illud huic præfcriptioni applicari nequit, in qua non allegatur traditio, nec præfcribens contendit, fibi a non domino rem traditam, fed ea fe, patiente domino, ufum fuiffe: quæ plane feparata funt. Denique vel is, qui re alterius utitur, eam poffidet, vel non poffidet: fi non poffidet, neque ufucapione, neque longi temporis præfcriptione rem acquirere poteft, quia neutra fine poffeffione procedit, *L.* 25. *ff. de Ufucap. l.* 7. §. 4. *Pro empt. L.* 1. *L.* 2. *C. de Praefcr. long. temp.* neque currit contra dominum poffidentem, fed poffeffionem negligentem, *princ. Inft. de ufucap.* fi vero poffideat, conftat poffefforem quoque rei acquirere eam vel ufucapione vel præfcriptione non poffe, nifi præcedente jufta caufa feu titulo, & bona fide, *L.* 24. *C. de Rei vind. L.* 2. *L.* 4. *L.* 11. *C. de praefcrip. long. temp.* Quod ita quoque decidit doctiff. *Caftal. ad L.* 10. *ff. Si ferv. vind.*

Qv. XXIX. *An praefcriptio recte definiatur, quod fit acquifitio rei per poffeffionis continuationem?*

Laut. pag. 576. verb. præfcriptio longiffimi &c.

NEGATUR, fed rectius definitur, quod fit remedium juris, quo excluditur actio intra ftatutum tempus non mota, *L.* 1. *in f. pr. C. de Ann. Exc. L.* 8. *pr. C. de praefcr.* 30. *vel* 40. *ann.* non ergo res ipfa acquiritur, nec dominium, fed is, qui tempus labi paffus eft, exceptione repellitur, unde etiam nomen præfcriptio habet. At duobus cafibus ipfa res acquiritur præfcribendi, & actio ei datur. Nam (1 ex præfcriptione longi temporis datur utilis, in *L.* 10. *Si ferv. vind. & d. L.* 8. *pr.* (2) Directa quoque ex longiffimi temporis poffeffione, fi bona fides acceflerit, etfi fine titulo, *d. l.* 8. §. 1.

Qv. XXX. *An in praefcriptione actionum requiratur bona fides?*

Laut. pag. 576. verb. modo adfit b. f. &c.

NEG. fed folus lapfus longi vel longiffimi temporis excludit alterius actionem, ac fecurum reddit poffefforem.

Exc.

Exc. (1) præſcriptio illa anomala ſeu extraordinaria longi temporis, quando quis non vi, non clam, non precario jus in re aliena longo tempore poſſedit. *Vid. ſupr. q.* 27. (2) Præſcriptio longiſſimi temporis, ſi dominium poſſeſſor ex ea acquirere vult, *L.* 8. §. 1. *de Praeſcr.* 30. *vel* 40. *ann.* (3) Poſſeſſio immemoralis, utpote qua lis omnis indiſtincte naturali quoque ratione exſtinguitur. *Dn. Par. Hyp. Inſt. tit. de Uſucap.* §. 19.

Jure Canonico vero in omni præſcriptione requiritur bona fides, *c. f. c.* 5. *X. de Praeſcr.* idque ex dicto Apoſtoli *Rom.* 14. *verſ. fin. Quicquid non ex fide fit, peccatum eſt.* Hinc jam dubitatum fuit, num hæc canonum ſanctio ad præſcriptiones quoque *actionum perſonalium* pertineat? Plurimi Dd. id negant: vid. late Dd. *in Diſp. Dn. Par. de Fin. bon. fid. ſect.* 3. §. 5. eamque ſententiam praxi receptam, plurimi ſtatuunt, uti ex Paponio, Caſtro, Goris, Papa, Marta, Chaſſanæo, Cancerio, Weſenbecio, Colero, Piſtore, Möllero, Theſſauro &c. probat *Dn. Par. in Diſp.* 1. *de Finib. bon. fid.* Alii vero affirmant, uti Onciacus, Rauchbar. &c. *in dict. Diſp. ſect. fin.* §. 22. & 23. & Mevius, Feldmannus, Mynſingerus, Carpzov. Obrecht. Brunnemann. Cothmann. Covarruvias &c. apud *Menken. in Diſp. An requiratur bona fides in praeſcriptione act. perſ. th.* 18.

Noviter Dn. Parens binis Diſputationibus *de Finibus bonæ fidei &c.* expoſuit ſuam hac de lite opinionem, & diſtinguit inter actiones perſonales; *ubi quis alienum quid tenet*, uti in actione furti, commodati, depoſiti &c. & inter eas, *ubi debitor nihil alieni poſſidet*, ſed de ſuo tantum tenetur, uti in actione, quæ ex ſtipulatu, donatione &c. oritur, *Diſp.* 1. *de Fin. bon. fid. Sect.* 1. §. 2.

In ILLIS ſolis, ubi ſcil. res aliena tenetur, utroque jure bona fides requiritur, *dict. ſect.* 1. §. 4. In HIS vero, quando nimirum reus nihil alieni tenet, Jure Canonico nullibi bona fides requiritur, nec ex ratione juris de ea quæri poteſt: idque ex ſequentibus rationibus: I. Quia de *bona fide* tantum quæritur: *quando is, qui rem tenet, ignorat, eam alienam eſſe*, adeoque putat, eſſe ſuam, *L.* 109. *de V. S.* in propoſito vero caſu debitor ſcit, eſſe ſuam, hinc *bona fides*, ſeu opinio, rem ſuam eſſe, exigi ab eo nequit, cum certo conſtet, rem ejus eſſe, *dict. Sect.* 2. §. 1. 2. 3. & 4.

II. Omnis bona fides ſupponit caſum, quo reus aliquid tenet, quod alienum eſt, & quod actor ſuum dicit, *d. L.* 109. ibi: *ignorat, eam alienam eſſe, dict. Sect.* 2. §. 5. hoc vero caſu agit actor, ut reus e bonis ſuis & e ſuo patrimonio ſolvat, *ibid.*

In-

INSTO (1) *d. L.* 109. agere de bona fide fpeciali, in cafu, quo quis emit rem alienam a non domino, alias bonam fidem latius patere.

RESP. (1) Nulla ratio dari poteft, cur in emtione fpeciale fit, neque oftendi poteft, in materia præfcriptionum bonam fidem ullibi aliter, quam in *d. L.* 109. accipi. Nec (2) textus afferri poteft, in quo debitor rei propriæ bona vel mala fide poffidere dicatur. Sed & (3) ex natura bonæ fidei jam demonftratum eft, eam confiftere in *opinione rei fuae*: conf. *c. f.* ibi: *rei habeat confcientiam alienae &c. f. X. de Praefcr.* omnis vero hæc quæftio ceffat, quando quis certo fcit, rem fuam effe, non vero alienam. *Difp.* 2. *de Fin. b. f. c.* 3. *th.* 1.

INSTO (2) quoad effectum non intereffe, utrumque æque injuftum effe, *rem alienam non reftituere, & rem propriam alii debitam detinere.*

RESP. (1) Omnino intereft quoad effectum: nam *poffeffor rei alienae* etiam non interpellatus tenetur domino rem reftituere, fed *debitor rei propriae* non nifi interpellatus: adeoque *illius* poffeffio femper eft injufta, *hujus* vero eft jufta usque ad interpellationem. Vid. omnino *l.* 2. *§.* 1. *ff. Quod legat. d. Difp. c.* 3. *th.* 3. A *malae fidei poffeffore* incipit officium rei alienæ reftituendæ, ex quo fcit, a *debitore rei propriae* autem, ex quo interpellatur; nam cum tunc mora incipiat, fequitur, ante moram nihil culpæ, adeoque nihil contra officium factum fuiffe. Idque (2) naturali ratione confirmatur; is enim, qui fciens rem alienam tenet, nihil in ea juris habet, ergo detentio vitiofa eft, at ex fola obligatione in perfonam nihil transfertur in creditorem, quam jus exigendi in judicio: cum ergo omne jus dominii maneat penes debitorem, nullum vitium eft in debitore, & tum demum incipit injuria, quando exigenti moram facit. Quæ ratio naturæ (3) inde confirmatur, quia alias jura dominii, eorumque exercitium penes neminem effent, & fic cederent occupanti: non enim funt penes creditorem: qui nullum jus habet nifi exigendi, neceffario ergo penes debitorem effe debent, *Difp.* 2. *de Fin. b. f. c.* 3. *th.* 3.

III. Noftra fententia porro probatur ex textibus juris Canonici, qui perpetuo fupponunt, poffefforem rei alienæ, atque in hoc folo bonam fidem requirunt, uti in *c.* 4. *X. de Praefcr.* ibi: *poffeffores &c. praediis alienis &c. aliena noverit poffidere &c. & c.* 17. *X. eod.* ibi: *vel tu fueris in quafi poffeffione juris. c. f. X. eod.* ibi: *in nulla parte temporis rei habeat confcientiam alienae. C.* 2. *de Reg. jur. in* 6. ibi: *poffeffor malæ fidei.* Vid. *Difp.* 1. *de Fin. bon. fid. Sect.* 2. *§.* 6. *&* 7.

IV.

IV. Atque ita quoque Canones ſe explicant: nam poſt regulam: *poſſeſſor malae fidei ullo tempore non praeſcribit*, quæ habetur in *C.* 2. *de Reg. Jur. in* 6. ſtatim ſubjicitur ejus explicatio in *c.* 3. *eod. quod ſine poſſeſſione praeſcriptio non procedat*, & in noſtra ſpecie non eſt *poſſeſſione.*

V. Natura & ipſa ratio hæc confirmant; nam *re aliena* uti, prædoneum & injuſtum eſt; *re ſua* uti, tamdiu licitum, donec debitor exigat; eſtque in ordo naturæ, ut quemadmodum a poſſeſſore rei alienæ incipit officium ejus reſtituendæ, ita a creditore, cui res aliena debetur, officium ejus exigendæ.

VI. Certum eſt, debitorem ante interpellationem non eſſe in mora ſolvendi, *L.* 123. *L.* 127. *ff. de V. O. L.* 88. *de R. J.* quod jus certum etiam Jure Canonico obtinet, ſi vero debitor non poſſet ante interpellationem absque vitio retinere, moram offerendi faceret: cum autem non ſit in mora, interim absque vitio tenet, *Diſp.* 1. *de Fin. b. f. Sect.* 2. §. 10. & 11.

Insto: Vitium poſſeſſionis non ſolum ex mora, ſed etiam aliunde eſſe poteſt, ſcil. quod ſciat, rem alteri debitam eſſe, & tamen ei non tribuat, quo violatur Jus Naturæ.

Resp. (1) Falſum eſt, ante moram vitium ineſſe idque ex ratione naturæ Juris Civilis & Canonici jam demonſtravi.

Resp. (2) Contradictorium videtur, vitium eſſe in reſtituendo & tamen moram reſtituendi non fieri: dum enim non reſtituit, non præſtat, quod præſtari debet, eoque neceſſario moram facit, *Diſp.* 2. *de Fin. bon. fid. c.* 3. *th.* 4.

VII. Certum porro eſt, in præſcriptionibus his Jure Civili bonam fidem non requiri, quod tamdiu valet, donec Jure Canonico id mutatum probetur; non autem id factum apparet, quia Jus Canonicum loquitur ſaltem de poſſeſſore rei alienæ, *Diſp.* 1. *de Fin. bon. fid. Sect.* 2. §. 14.

VIII. Canones abrogant Jus Civile, *c.* 4. *c. f. X. de Praeſcr.* adeoque caſum, de quo Jus Civile loquitur, ſcil. de eo, qui rem alienam tenet: nam cum in altero caſu Jure Civili de bona fide quæri non poſſit, nec mutatus Jure Canonico videri poterit, *ibid.* §. 15.

IX. Inprimis cum inter has præſcriptiones, & eas, quibus utitur detentor rei alienæ, aliæ quoque rationes differentiæ appareant: longe enim

major culpa eſt creditoris, quam debitoris, longe majus periculum a præſcriptione imminet debitori rei propriæ, quam poſſeſſori alienæ. Hinc accidere poteſt, ut reum, etſi inſontem, deſtituat omnis defenſio, non vero; ut poſſeſſorem. Quæ omnia latius excuſſit *Dn. Par. in dict. Diſp. Sect.* 2. §. 16. *ſeq.*

X. Denique Canones non loqui de præſcriptione, quæ absque poſſeſſione rei alienæ procedit, apparet ex eo, quod actionibus injuriarum, doli mali, breviſſimo ſpatio præſcribatur etiam Jure Canonico, ſi ergo actoris mora ſceleratum poſſeſſorem quietum ac ſecurum reddit, non injuſtum erit, ſi tot annorum negligentia domini debitorem etiam in mala fide conſtitutum ſecurum reddit, *dict. Diſp. S.* 2. §. 21.

Huic ſententiæ, & huic diſtinctioni varia objici ſolent, quæ vide apud *Carpz. L.* 1. *Reſp.* 33. *n.* 10. *&* 11. Ita enim

Obstat (1) quod etiam in noſtra ſpecie debitor largo ſenſu poſſit dici poſſeſſor juris alieni; qui æs alienum etiam ex naturali ratione in bonis ſuis habet, *L.* 213. §. 1. *de V. S. L.* 2. §. 3. *ff. de Haer. & act. vend.*

Resp. (1) Nulla ratione debitor, qui ex ſtipulatu debet, poſſidet aliquid alieni; quale enim hoc jus eſſet? (2) Tenetur ille ſaltem actione perſonali, hanc vero actionem creditoris non tenet debitor: Si ergo talis debitor jus, quod creditoris eſt, poſſidet, id erit vel res debita ipſa, vel jus aliquod circa illam rem: non prior, quia hæc debitoris eſt, non jus exigendi, quia hoc actor tenet, non reus. *Vid. Diſp.* 1. *de Fin. bon. fid. Sect.* 2. §. 24. Sed & (3) nullo ſenſu legali debitorem rei propriæ dici poſſe poſſeſſorem juris alieni, vel exinde probatur, quia in eo ſolo differunt jus in re, & ad rem, quod ex illo creditor conſequatur jus in re ipſa, ex hoc tantum facultatem contra perſonam agendi; ex illo res fit aliena, ex hoc manet res debitoris propria, & in ejus dominio. Cum igitur hæc jura forma ſubſtantiaque ſua differant, non debent confundi. Fieret autem hoc (4) ſi creditor ex jure ad rem, ſive in perſonam, jus aliquod in re ipſa conſequeretur, utpote cum hoc proprium ſaltem ſit objecto juris in re. Sed & (5) Jus in re pleniſſime manere penes debitorem, exinde probatur, quia eam poteſt alienare, donare, & dominium in accipientem transferre, quod ſane fieri non poſſet, ſi creditor quantulumcunque juris in iſta re habuiſſet, quippe cum id ei auferri non poſſit, & quilibet rem vindicare a quocunque poſſeſſore poſſet, quod hactenus inauditum eſt. Accedit (6) quod ſola actio ad creditorem tranſeat, adeoque quicquid reliquum eſt juris, manet penes debitorem. Sed & (7) nullus textus, nec Juris Civilis, nec

nec Juris Canonici, allegari poteſt, ubi nudus debitor poſſeſſor rei alienæ quocunque ſenſu vocetur. Quin etſi (8) etiam improprie Jure Civili ita vocaretur, non tamen ſequitur, etiam Jure Canonico hunc ſenſum vere contradictorium probari. Sed & licet (9) concedi poſſet, dici Juris alieni poſſeſſorem, non tamen recte dicetur rei alienæ poſſeſſor, de quo ſolo hic quæritur. *Vid. late Diſp. 2. de Fin. bon. fid. c. 4. th. 1. & ſeq.*

Insto, (1) in *l.* 13. §. *f. de Pet. haer. & in L.* 10. *ff. de Cond. ſin. cauſ.* debitorem rei propriæ juris poſſeſſorem dici.

Resp. In *priori* ſponſus ſolus poſſidet pecuniam, ut dominus, ſponſa vero ſaltem habet condictionem, nuptiis non ſecutis, adeoque actionem tantum perſonalem, qua non continetur ulla juris poſſeſſio, *Diſp. de Fin. bon. fid. c.* 3. §. 10. in *poſteriori* non agitur de eo, qui ex ſola obligatione perſonali debitor eſt, ſed de eo, qui quoque jus in re, ſcil. hæreditarium, ſe habere contendit: adeoque ibi conveniuntur tanquam poſſeſſores juris in re, quod alienum eſt: ſecus ergo, ſi non ut hæredes, ſed ex obligatione perſonali convenirentur, uti ita diſtinguitur, in *L.* 42. *ff. de Haer. pet. d. c.* 3. §. 11. & *Diſp.* 1. *de Fin. bon. fid. S.* 2. §. 25.

Insto (2) debitorem habere æs alienum, adeoque hoc ipſo eſſe alieni juris poſſeſſorem, quod eſt in patrimonio bonis creditoris, *l.* 213. §. 1. *de V. S. l.* 2. §. 3. *ff. de Haer. & act. vend.* Unde & rem ipſam videtur habere, qui habet actionem perſonalem, *L.* 15. *ff. de Reg. Jur.*

Resp. (1) æs alienum, quod ex obligatione perſonali oritur, perſonæ inhæret, non rebus, nec poſſidetur, ſed debetur, neque ullibi dicitur, exiſtere penes debitorem, ſed ab eo deberi. Hinc (2) non ſequitur, me omnia illa poſſidere, quorum nomine actionem habeo: hoc enim, (quæ ſunt verba *dict. cap.* 3. *th.* 14.) certum eſt, omnes actiones, adeoque omnia, quæ actione perſequi poſſumus, in bonis noſtris eſſe; quia voce bonorum non tantum res & jura in rem, ſed & jura in perſonam vel ad rem continentur, per *L.* 49. *de Verb. Signif.* at poſſeſſio non eſt niſi rerum & jurium in re. Jura vero, quæ perſonis tantum inſunt, non magis quam perſonæ poſſidentur; quia cohærent oſſibus perſonæ, nec ab ea avelli poſſunt. Unde, uti hæc jura perſonalia non poſſunt eſſe, ita nec poſſideri quidem extra perſonam. Atque adeo in genere jurium in perſonam ne quidem poteſt eſſe poſſeſſio; quoniam nec extra perſonam poſſideri poſſunt, ut dictum, nec cum perſona, cum perſona poſſideri nequeat.

Non poteſt igitur probari gloſſa, actiones perſonales quaſi poſſideri ſtatuens: Nec opus fuit, eo confugere gloſſam, ut ſolveret dubium, quomodo iis præſcribatur, cum ab alio nihil poſſideatur. Non enim uti uſucapio nititur poſſeſſione, ita & hæ præſcriptiones perſonales, quæ origine ſua meræ ſunt exceptiones temporis, quibus actio alterius excluditur, non jus aliquod poſſeſſione quæritur, ut *in tit. ff. de Div. temp. praeſcr.* Neque vel in *L.* 3. *& ſeqq. C. de Praeſcr.* 30. *ann.* vel in ullo alio juris loco illæ in poſſeſſione, vel in alia re, quam *in jugi ſilentio* tanti temporis fundantur, *d. L.* 3. nec aliud requiſitum oſtendi poteſt.

Hinc vero iterum conſtat, probari non poſſe, *debitorem, ex ſtipulatu promittentem, eſſe alicujus juris poſſeſſorem, & poſſidere non rem propriam, ſed etiam ad alterum ſpectantem.* Uti & negatur, *contradictionem eſſe, æs alienum penes aliquem exiſtere, & tamen nihil alieni poſſidere.* Nam æs alienum, quod ex obligatione perſonali oritur, perſonæ inhæret, non rebus; nec poſſidetur, ſed debetur; neque ullibi dicitur exiſtere penes debitorem, ſed ab eo deberi.

Qua ratione quoque negamus, quod *praeſtare rem ſuam, & aes alienum ſolvere diverſa ſint, idque termini evincant.* Sunt enim prorſus unum idemque: res ſcil. debitoris, jus in perſonam (quod æs alienum in jure dicitur, *l.* 213. §. 1 *ff. de V. S.*) creditoris: debitor ergo ſuam rem præſtat, cum æs alienum ex obligatione perſonæ ſolvit. Quin in eo conſiſtit differentia dominii & æris alieni, quod illud rebus, hoc perſonæ inhæreat, illud ad jura in rem, hoc ad jura in perſonam pertineat: nihilque adeo impedit, jus in re meum, jus in perſonam ſeu ad rem alterius eſſe.

Obstat (2) Quod *c. f. X. de Praeſcr.* generaliter diſponat, ut nulla valeat præſcriptio absque bona fide, adeoque eam derogare omni conſtitutioni, quæ non requirit bonam fidem.

Resp. (1) Expreſſe loquitur textus de poſſeſſore rei alienæ. (2) Etſi generalis eſſet, explicandus eſt ex reliquis textibus, qui omnes loquuntur de poſſeſſore rei alienæ. *Diſp.* 2. *de Fin. bon. fid. cap.* §. 4. *&* 5.

Obst. (3) Quod ratio Juris Canonici quoque huc pertineat, utpote quæ ideo in præſcriptione bonam fidem requirit, *quia quicquid contra fidem fit, peccatum eſt, a. c. f.* Egregie hoc dubium ſolvit Dn. Parens in *dict. Diſp.* 2. *de Fin. bon. fid. cap.* 1. *dub.* 11. §. 18. *ſeq.* ubi ita ait:

Sed

Sed I. hæc ratio & illatio: *Quicquid non fit ex fide, peccatum eſt, Rom.* 14. *v. fin.* Ergo, *in praeſcriptione omni tempore requiritur bona fides, c. f. X. de Praeſcr.* negatur. Neque a Ferrarienſe tantum, ſed & a Weſenbecio & Cujacio, præclariſſimis JCtis, *ſuper. Diſp.* itidem in hanc rem allegatis, exploditur. Cum igitur JCti Pontificii ex Gallia & Italia diſſimulare ſuum de ea Pontificis ratione noluerint judicium, parum proficiet modeſtia Profeſſoris Tubingenſis, i. e. Ungepauer. *ad tit.* 10. *de Praeſcr. n.* 9.

II. Cum vero in ipſo dubii textu concedatur, pleroſque locum Apoſtoli de fide ſalvifica intelligere, contrarium ſine fundamento aſſeritur propter pauciorum opinionem. Neque jam de opinionibus, ſed veritate diſputatur; neque hæc autoritatibus, ſed rationibus evincitur. Iis igitur miſſis, ſententiam dicti Apoſtolici, & quid inde inferatur, videamus.

III. Convenientiſſima igitur textui videtur receptior illa ſententia, quæ eum interpretatur de fide in Chriſtum. Hæc enim illa fides eſt, quam ubique inculcant Apoſtoli, & ſine qua omnis hominum actio, etiam virtuoſiſſima, peccatum eſt; eoque ſenſu dicitur, gentilium virtutes maximas fuiſſe ſplendida peccata, propter cohærentem actionibus noſtris labem illam hæreditariam, quæ cum animum inficiat, omnes quoque inde procedentes actiones infectas eſſe, neceſſe eſt. Nec adeo poteſt ullum hominis peccatoris factum, quantumcunque glorioſum, ob fontis inquinationem ab omni labe immune videri, niſi fides in ſponſorem, qui pro labe iſta ſatisfecit, eam abſtergat & deleat, &, quod ob dictam ſaltem animæ maculam perfectæ juſtitiæ deeſt, ſua ſatisfactione ſuppleat. Qui verborum horum ſenſus, quo nihil planius videtur, nihil ad bonum uſucapionis pertinet.

IV. Sed nec magis ex altera illa interpretatione, quæ in hoc Dubio aſſumitur, etſi admittatur, conſtitutio Juris Canonici inferri poteſt. Ex hac enim hypotheſi, dicti hujus: *Quicquid non fit ex fide, peccatum eſt*, ſententia erit: *Quicquid contra conſcientiam fit, peccatum eſt.* Atqui conceſſum & in confeſſo eſt, Juris Civilis quoque diſpoſitionem vitio carere, & æquam ac juſtam eſſe. vid. *Praef.* §. 4. 5. 6. *&* 7. *& verba Dubii III.* An vero contra conſcientiam agit, qui jus, quod vitio caret, & æquum ac juſtum eſt, ſequitur? Leges a ſumma poteſtate latæ, uti jubendo obligant, ita permittendo tranquillam tutamque reddunt conſcientiam, ſi nihil adverſum Jus Naturæ ſanciunt: Quemadmodum Juri Naturali nullatenus adverſari conſtat, ſi Magiſtratus publicæ utilitatis & tranquillitatis cauſa certum tempus ſtatuat, velitque, ut cives intra præfixi temporis ſpatia in res ſuas inquirant, vel, ſi hanc ſaluberrimam legem negligant, poſtea non audiantur, ſed dominio rerum neglectarum cadant. *ſupr.* §. 4. *& ſeq.*

V. Quanto minus igitur inferri inde poteſt, *hanc conſuetudinem vel conſtitutionem juris Civilis absque mortali peccato obſervari non poſſe*, uti infertur *in d. c. fin. X. de Praeſcript.* An jus a ſumma in terris poteſtate conſtitutum, quod æquum eſſe, & omni vitio carere conceditur; quod negligentiam, quin contumaciam eorum, qui legibus certum terminum ad inquirendum rem ſuam injungentibus non obediunt, damno rei ſuæ punit; quod tranquillitati & ſecuritati publicæ proſpicit, litesque amputat; an inquam hoc jus peccatum mortale obſervatoribus ſuis impingit ex allegato dicto Apoſtoli?

VI. Quot vero hac ratione & quanta peccata mortalia ita permiſſa erunt per ipſos Canones; qui partem ſententia gravatam ſolo 5. (poſtea 10.) dierum lapſu a jure appellandi excludunt, eoque ipſo totius cauſæ damno, etſi eam juſtiſſimam habeat, multant, *c.* 27. *cauſ.* 2. *quaeſt.* 6. *c.* 23. *in fin. X. de Elect. c.* 15. *X. de ſent. & re jud.* Idemque faciunt, ſi quis ſaltem Apoſtolos intra 5. (deinde 30.) dies non petierit; *c.* 24. *d. qu.* 6. *c.* 6. *de Appellat. in 6to. Clem.* 2. *eod.* vel terminum probationis labi paſſus ſit, *c. pen. X. de Teſtib. & atteſt.* vel Emphyteuta biennio Canonem non ſolverit. *c.* 4. *X. de locat. & cond.* &c. In quibus omnibus aliisque caſibus ob ſolum neglectum termini præfixi, etſi ſatis anguſti, pars jure ſuo excidit, idque lucro partis alterius cedit: nullo diſcrimine bonæ vel malæ fidei, & adeo promiſcue, ut nihil pœnam hanc impediat, quam juſta reſtitutionis in integrum cauſa: quæ vero eadem æque contra lapſum præſcriptionis datur, v. g. ex cauſa juſtæ abſentiæ, vel clauſula generali, *L.* 1. *ff. Ex quib. cauſ. maj.* Quanto vero graviora ſunt iſta, quam jus illud, quo per uſucapionem ei, qui bona fide & juſto titulo accepit, contra eum, qui tanti temporis moram in requirendis rebus ſuis commiſit, acquiritur? Atque adeo multo magis hæc eſſent mortalia peccata.

VII. Quod ſi hæc diſpoſitio Juris Civilis pugnet cum dicto Apoſtoli, & ideo mortale peccatum inferat, cur usque ad Innocentii III. tempora jus hoc permiſerunt tot Chriſtianiſſimi Imperatores, Conſtantini, Theodoſii, Juſtiniani &c. tot doctiſſimi Pontifices, tot eminentiſſimi Eccleſiæ puriſſimæ Patres, nec ab ævo ſaltem Conſtantini M. orbem Chriſtianum a mortali hoc peccato niſi poſt IX. integra demum ſecula liberarunt? Taceo doctiſſimos & religioſiſſimos JCtis Chriſtianos, quorum opera in componendo Juris Civilis corpore uſus eſt Juſtinianus. Hi an neſcivere hunc locum adeo tritum, ut nullus magis? An mentem Apoſtoli non intellexere? An, ſi ſciverunt & intellexerunt, adeo nullam conſcientiæ curam habuerunt, ut hanc pugnam legum & Apoſtoli ſedare, hunc diſſenſum expungere, atque mortale hoc peccatum abolere, cum facillime potuiſſent, aſpernati fuerint?

VIIII. At vero nimium diſtant vox illa πίστεως, qua Apoſtolus utitur, & formula illa juris Romani, *bona fide.* Quæ ſit illa πίστις, de qua Apoſtoli agunt, conſtat: ſcil. πίστις illa eſt fides novi fœderis, quam ipſi perpetuo inculcant. Sed formula illa, *bona fide*, non explicatur per vocem πιστεως, ſed eſt propria legibus Romanis & quaſi technica, quæ Græcis vel alterius linguæ vocabulis propriis, ita, ut vim ejus ſenſumque rite exprimant, reddi nequit. Si quis enim *bona fide*, & *mala fide*, verteret καλῇ πίστει, κακῇ πίστει, (quod tamen apud Apoſtolum non eſt), parum Græce loqueretur, & licet Græce, non tamen eo exprimeretur vis formulæ, *bona fide.* Unde Theophilus, Paraphraſtes Græcus, retinuit formulam, & ad §. *Si quis a non domino Inſt. de Rer. div. & tot. tit. Inſt. de Uſuc. &c.* nunquam Græce id vertit, ſed ſemper retinet βοναφίδε, vel per περίφρασιν παρὰ γνώμην δεσπότου: uti, & cum vox uſucapionis propria ſit legibus Romanis, eam retinet Græce, & *uſucapi* reddit οὐσουκαπιτεύεσθαι *d. tit. de Uſucap.*

IX. Toto igitur cœlo diſtat πίστις Apoſtoli a formula *bona fide*, quæ & alias alio longe ſenſu in Jure uſurpatur, ut cum contractus alii dicuntur bonæ fidei, alii ſtricti juris, quæ diſtinctio Jure quoque Canonico firmata eſt; *c.* 6. §. *Ad haec X. de Except. c. fin. X. de Depoſ.* & opponitur hoc ſenſu bona fides ſtricto juri. Uti ergo nemo hinc intulerit, contractus ſtricti juris ideo eſſe peccata mortalia, quia quicquid non fit ex fide, peccatum eſt, ita apparet, formulam illam *bonae fidei* in legibus non eſſe id, quod Apoſtolus πίστιν vocat.

X. Ut adeo credendum omnino ſit, nec ipſius Pontificis mentem fuiſſe, quaſi hæc ratio concluderet, ſed pro more ſeculi egiſſe: ſolebant enim, cum pro autoritate aliquid ſtatuiſſent, vel ſimilitudinem, vel ſententiam aliquam, quæ quodammodo ſaltem ad id alludere videretur, ex ſacris adjicere; uti cum in *c.* 6. *X. de Major. & obed.* ex eo, quod Deus duo magna luminaria, Solem & Lunam, in cœlo fecerit, duplex ſumma in mundo poteſtas, Pontificia & Imperatoria, deducitur. Ita, cum & vox Apoſtoli πίστις fides vertatur, & fidei quoque mentio in formula, *bona fide*, fiat, inde ſumſit Pontifex occaſionem allegandi hujus textus in re, quam autoritate ſua ſtatuerat.

Qu. XXXI. *An in juribus publicis praeſcriptio temporaria locum habeat?*

RESP. *Uſucapio & praeſcriptio longi temporis* in juribus publicis ceſſant: nam ea, quæ ſunt publica populi Romani, non poſſe uſucapi, diſerte traditur in *L.* 9. *ff. de Uſurp. & uſucap.* uti nec ea, quæ ſunt publica Jure Gentium, *L.* 45. *pr. eod.* Neutra quoque longo tempore præſcribi poſſunt, non res

Laut. pag. 576. *verb. Acquiruntur hac &c.*

res publicæ, *L.* 2. *C. Ne res dom. L.* 7. *C. de Fund. rei priv. L.* 2. *C. de Fund. & salt. Nov.* 30. *c.* 7. *pr.* nec res jure Gentium publicæ, *d. L.* 45.

An vero longiſſimi temporis, 40. annorum, præſcriptio obtinet? Equidem Anaſtaſius ſtatuit, nullum jus privatum, vel *publicum*, in quacunque cauſa, vel quacunque perſona, quod 40. annorum extinctum eſt jugi ſilentio, moveri debere, *L.* 30. *C. de Praeſcr.* 30. *vel* 40. *ann.* Conf. *L. f. C. de Fund. patr. L.* 7. *C. de Fund. rei priv.* (ubi vetuſtatis auxilium cum Cujacio ſtatuimus tempus 40. annorum, propter *d. L. f.*) At hoc verum tantum eſt de *rebus dominicis*, ſeu rebus Principis privatis; (hæc enim ſynonyma ſunt, *L.* 6. *C. de Fund. rei priv. L.* 9. *C. de Jur. fiſc. Goth. ad d. L.* 6.) item de *fundis vectigalibus* reipublicæ, *L.* 2. *C. Ne res dom. junct. L. f. C. de Fund. rei patrim.* In quibus adeo obtinet 40. annorum præſcriptio, ut negligentia Palatinorum hactenus Principi noceat, *arg. d. L.* 7. *C. de Fund. priv.* nam vetuſtatis auxilium Principi in fundo, a Palatino alienato, non poſſet obeſſe, (uti obeſt *d. L.* 7.) niſi factum Palatini Principi noceret. *Brunn. ad d. L.* 7. *in fin.* Aliud autem eſt, nec obtinet longi temporis præſcriptio in illis juribus publicis, quæ ad eſſentiam majeſtatis pertinent, ut in collectis, *L.* 6. *C. de Praeſcr.* 30. *vel* 40. *ann.* vel in illis, quæ publicæ utilitatis cauſa ſunt ſtatuta, *L.* 6. *C. de Oper. publ.* Nam his caſibus ſola immemorialis poſſeſſio locum habet.

Qv. XXXII. *Quid ſit praeſcriptio immemorialis?*

Laut. pag. 576 verb. *immemorialis &c.*

RESP. Admodum Doctores in definitione immemorialis præſcriptionis variant. *Alii* putant, 100. annis eam introduci: quia 100. anni cenſentur ultimus finis hominis, eousque ergo memoria hominum durare videtur. *arg. L. ult. C. de SS. Eccl. L.* 68. *ff. de Uſufr. Treutl. V.* 2. *Diſp.* 12. *th.* 6. *Weſenb. ff. de Praeſcr. n.* 7. *Alii* requirunt exceſſum 100. annorum, quia probari debet, daß es über Menſchen Gedenken nicht anders geweſen ſey. *Carpz. p.* 2. *c.* 1. *def.* 7. *& p.* 1. *c.* 16. *def.* 74. *Weſenb. conſ.* 2. *n.* 82. *& ſeq. & Dd. apud Reink. L.* 1. *cl.* 5. *c.* 2. *n.* 29. *Alii* vero etiam centenaria minorem ſufficere putant, indeque præſcriptionem immemorialem definiunt eam, quæ ultra hominum viventium memoriam eſt, licet per documenta antiqua in contrarium exſtet memoria, wenn nämlich durch lebendige Zeugen dargethan iſt, daß von 50. 60. 70. und mehr Jahren ſich niemand eines andern erinnern könne. *Lynk. Cent.* 10. *dec.* 986. *Glaeſer. in Diſp. de Uſ. & praeſcr. th.* 18. *Reink. d. l. n.* 27. *& ſeq.*

Verum nulla harum definitionum præſcriptioni immemoriali convenit, rectius ea deſcribitur a Juſtiniano, quod ſit, cujus in contrarium non exſtat

ſtat memoria, ſive per documenta, ſive per teſtium effata, *c.* 26. *X. de V. S.* ibi: *vel ex antiqua conſuetudine, a tempore, cujus non exſtat memoria, introducta, &c. C.* 1. *de Praeſcr. in* 6. ibi: *niſi tanti temporis allegetur praeſcriptio, cujus contrarii memoria non exſtat. L.* 3. §. 4. *ff. de Aqua & aq. cot.* ibi: *Servitus aquae, cujus origo memoriam exceſſit, jure conſtituti loco habetur.* Atque hanc definitionem probant *Carpz. p.* 2. *c.* 1. *def.* 7. *Struv. Ex.* 43. *th.* 23. *Grot. L.* 2. *c.* 4. §. 7. ubi ita ait: *tempus memoriam excedens quaſi infinitum eſt moraliter, ideo ejus temporis ſilentium ad rei derelictae conjecturam ſemper ſufficere videtur*; item §. 9. & *Gron. ad d.* §. 7. *Fab. in conſilio pro Ducatu Montisferatenſi, Reink. d. l. n.* 30. *Carpz. Proc. tit.* 13. *a.* 3. *n.* 60. *Klock. Vol.* 1. *conſ.* 29. *n.* 360. & 363. *Barboſ. L.* 14. *c.* 85. *ax* 26. *Carpz. p.* 1. *c.* 16. *def.* 74. *Schneid. Inſt. de Uſuc. Rubr. quot ſunt ſpecies praeſcr. n.* 31. & *ſeq.* Ratio hujus præſcriptionis in ipſa naturali ratione fundatur: ſi enim præſentis poſſeſſionis non in contrarium exſtat memoria, poſſeſſor tutus eſt ſua poſſeſſione, donec actor contrarium probet, §. 4. *Inſt. de Interd.* §. 2. *Inſt. de Act. L.* 24. *C. de R. V. L.* 2. *C. de Prob.*

Hinc jam facile conſtat, certum tempus in immemoriali præſcriptione poni non poſſe: aliquando enim poſt lapſum ducentorum præſentis annorum poſſeſſionis memoriam exſtare, aliquando ea intra 20. vel 30. annos &c. deficere, imprimis tempore belli, peſtis &c. poteſt, *Grot. L.* 2. *c.* 4. §. 12. *n.* 2. *Glaeſer. d. Diſp. th.* 17. *Carpz. p.* 1. *c.* 16. *def.* 74. *Gloſſ. in c.* 1. *de Praeſcript. in* 6. *Schneidew. d. l. n.* 35. *Cravet. de antiq. temp. p.* 4. §. *abſolut. diff. fol.* 174.

His requiſitis poſitis facile deciduntur omnes inter Doctores circa præſcriptionem hanc ventilatæ quæſtiones:

Primo enim quæri ſolet: *an ad hanc praeſcriptionem bona fides vel titulus requiratur*? Putant hoc plerique Dd. & hanc quoque immemorialem præſcriptionem mala fide interrumpi tradunt *Struv. Ex.* 43. *th.* 23. *Stryk. de Immun. a ſerv. feud. c.* 3. *th.* 14. *Frantzk. I.* 3. *Reſ.* 1. *n.* 270. *ſeq. Lynk. Cent.* 15. *dec.* 1470. *Klock. v.* 2. *Conſ.* 48. *n.* 40. *Zaſ.* 2. *Conſ.* 16. *n.* 51. *Grot. d. l.* Verum implicare videtur immemorialis poſſeſſio & bona ac mala fides: ſi enim plane originis memoria non exſtat, per rerum naturam de bona vel mala fide conſtare non poterit: & probata mala fide conſtabit de origine poſſeſſionis, indeque non erit poſſeſſio immemorialis. Eadem ratio eſt in *titulo*: nam ſi de cauſa poſſeſſionis conſtat, non poteſt dici deficere memoriam. Atque hanc ſententiam adducto præjudicio firmat *Carpz. d. l. Fab. C. L.* 7. *tit.* 13. *def.* 2. *Steph. de Jurisd. L.* 2. *c.* 7. *n.* 156. *Reink.*

L. 1. *class.* 5. *c.* 2. *n.* 20. *seq. Klock. Vol.* 1. *cons.* 11. *n.* 274. *Schneid. d. l. n.* 31.

Secundo quæritur: an hæc præscriptio tollatur per documenta contraria? Negat hoc *Lynk. cent.* 12. *dec.* 1123. quia tantum quæritur de memoria hominum viventium, adeoque sufficit testes nunquam aliter vidisse, nec audivisse. At contrarium verius videtur; quia tunc in contrarium exstat memoria per documenta.

Tertio quæritur: an immemorialis præscriptio admittat probationem in contrarium? Ita putat *Reink. d. l. n.* 28. negat *Mynf. cent.* 1. *O.* 30. & *Schneid. d. l. n.* 31. Prior sententia vera est: nam si possessor ad immemorialem possessionem provocat, actori omnino liberum est, probare, quod exstet possessionis memoria, indeque non sit immemorialis. *Glaeser. d. Disp.* §. 17.

Quarto quæritur: quomodonam articuli formari debeant?

Resp. Si per testes immemorialis possessio probanda est, omnium tutissima est formula, quam exhibet *Lynk. d. l.* & *Schneid. d. l. fol.* 232.

Wahr, und Zeugen bewußt, daß der Producent und sein Vorfahr 10, 20, 70. und mehr Jahre, ja über Menschen Gedenken die Collecten nicht bezahlet habe?

Wahr, daß er es vor seine Person nicht allein also gesehen, sondern auch von seinen Vorfahren und andern niemal das Gegentheil gehöret habe?

++

LIB XLI. TIT. V.

PRO HÆREDE.

Qu. I. *Quando quis pro haerede dicatur possidere ad effectum usucapiendi?*

Laut. pag. 577. verb. *hic pro haerede &c.*

Resp. Pro hærede usucapit (1) quando *non haeres*, qui ex justa causa hæredem se putat, *rem haereditariam* possidet, indeque & rem, quæ eo pertinet. *L.* 29. *l.* 33. §. 1. *de Usucap.* (2) Quando est *haeres*, sed *res non est haereditaria*, *L. p. h.*

Prio-

Priori caſu ſufficit, quod rem hæreditariam tanquam hæres poſſideat bona fide; at *poſteriori* caſu non ſufficit titulus hæredis, ſed defuncti; ſi is bona fide accepit, uti ſi ei commodata eſt, hæres uſucapit, ſi mala fide, non uſucapit. *L.* 4. *h. L.* 11. *ff. de Div. temp. praeſcr.* Nam quia ex cauſa defuncti uſucapit hæres, non valebit uſucapio, niſi defunctus in cauſa uſucapiendi fuerit; at priori caſu hæres non ex cauſa defuncti uſucapit, ſed ex propria, dum juſtam opinandi cauſam, ſe hæredem eſſe, habet.

Qv. II. *An etiam ſui haeredes pro haerede uſucapiant?*

Affirmatur: Quia etiam verus hæres rem non hæreditariam poſſidere, eamque tanquam hæres uſucapere poteſt. *Laut. pag.* 577. verb. *ſi etiam &c.*

Obst. *L.* 2. *C. h.* ubi dicitur, *nihil poſſe pro haerede uſucapi, ſuis haeredibus exiſtentibus.*

Resp. Dicitur ibi, quod ſuperſtite ſuo hærede nemo uſucapiat, quia nemo juſte ſe hæredem putare poteſt, quando ſcit, ſupereſſe ſuos hæredes, quippe qui tales ſunt ipſo jure. Non autem dicitur, quod ipſi ſui non poſſint uſucapere. Vid. *Brunn. paratitl. h. q.* 2.



LIB. XLII. TIT. I.

DE RE JUDICATA.

Qv. I. *An, ſi delegati diſſentiant, ea ſententia praevaleat, quae a delegante confirmatur?*

Affirm. *L.* 28. *h. c. f. X. h.* nam uti ipſe ſuo jure decidere poteſt, ita multo magis accedendo uni parti delegatorum majora facere, *dd. Ll.* *Laut. pag.* 578. verb. *praefertur a &c.*

Obst. *L.* 38. *h.* ubi ea ſententia obtinet, quæ favorabilior eſt.

Resp. Loquitur de Judicibus ordinariis, in quibus hæ regulæ interpretationis valent.

Qv. II. *An in computatione votorum ratio magis, quam numerus consideretur?*

Dissent. Laut. pag. 578. verb. Rectius tamen.

RESP. Numerus consideratur, non ratio: quia non esset decisio, sed maneret quæstio, quæ ratio melior sit, atque id denuo per majora definiri debet; indeque nullus foret litium finis.

DISSENTIT *Laut. p.* 578. *ibique Carpz. p.* 1. *c.* 27. *d.* 12. Sed hic loquitur de casu, ubi ratio æquitatis in ipsa lege fundatur: tunc enim contra rationem legis major pars non obtinet.

Qv. III. *An Judex etiam judicet de fructibus ante acceptum judicium perceptis?*

Laut. pag. 578. verb. non etiam ante &c.

Vid. *supr. tit. de Rei vind. q.* 14.

Qv. IV. *An Judex judicet de expensis etiam non petitis?*

Laut. pag. 578 verb. expensae.

RESP. Distinguendum est inter expensas, quæ ex officio Judicis, & natura actionis veniunt, atque eas, quæ ex pacto vel speciali negotio, adeoque tanquam interesse petuntur. Nam (I) de ILLIS Judex judicat, etsi non petitæ sint, de HIS vero non nisi nominatim in libello expressæ sunt, adeo, ut nec sufficiat, post litem contestatam petitas esse, quia libellus mutaretur, novaque res peteretur: unde in libello omissæ, & postea petitæ, ad separatum processum remitti debent, ut in Curia Halberstadiensi per tres conformes sententias decisum est in causa Veltheim, contra Hünecken.

Adeo, ut nec clausula salutaris, libello adjecta, Judici facultatem de his expensis cognoscendi concedat; quia petitio harum expensarum, factique hujus narratio, ad libelli substantiam pertinet, cujus defectum clausula salutaris sanere nequit. *Umm. Disp.* 6. *n.* 59. Conf. *supr. L.* 2. *tit.* 13. *qu.* 5. Atque hinc in eadem causa sententia Rostochiensis, quæ clausulæ salutari hanc vim tribuebat, per duas alias subsequentes reformata fuit.

(II.) ILLÆ in sententia præteritæ non amplius debentur: quia lata sententia finitur officium Judicis, totaque actio; HÆ etiam finita causa principali debentur, *Carpz. Proc. tit.* 24. *a.* 2. *n.* 28. *seq. Brunn. ad l.* 13. *§.* 6. *n.* 51. *C. de Jud. Carpz. p.* 1. *c.* 31. *d.* 26. *n.* 5. *Nicol. Proc. p.* 2. *c.* 27. *n.* 18. *Mev. p.* 3. *dec.* 420. quia propria pro iis actio competit.

Si

Si tamen hæ expensæ expresse quoque in libello petitæ, & in sententia præteritæ sunt, eadem ratio est, quæ in usuris; (Vid. *supr. L.* 22. *t.* 1. *q.* 12.) denegatæ nimirum censentur, ac reiterata actio rejicitur, *Mev. d. l.* atque ita judicatum in causa des Klosters Hamersleben, contra Rel. Dottmers.

Dissentit *Berl. p.* 1. *c.* 78. *n.* 102. *ibique Dd.*

Bene tamen distinguendum, an actor expensas in genere, an vero expensas ex illo pacto petierit, illo casu si præteritæ, vel plane denegatæ sunt, adhuc peculiari actione eas, quæ ex pacto veniunt, petere potest; quia Judex eum tantum a judicialibus expensis, non a conventionalibus absolvisse intelligitur. *Klock. Tom.* 3. *consf.* 131. *n.* 177. *& seq.*

Qu. V. *An Judex judicare debeat secundum acta & probata, an secundum conscientiam?*

Sensus & species quæstionis est, an, si causa legitime probata sit, Judex vero dicat, se aliter scire, an ipse, neglecta probatione, sententiam ferre possit ex prætextu conscientiæ suæ? Et rectæ hoc negatur, sed judicare debet secundum acta & probata, *L.* 6. §. 1. *de Off. Praefcr. ibique Dd. c.* 28. §. *Quia X. de Off. Jud. del. Hillig. ad Don. L.* 26. *c.* 3. *lit. b. Bronckh. mant.* 1. *ass.* 14. *Ungep. Ex.* 16. *q.* 5. *Laut. pag. 579. verb. causae cognitionem.*

Insto, durum videri, Judicem, qui forte aliud ipse compertum habet, contra propriam conscientiam judicare debere.

Resp. Si vult judicare, necessario judicare debet secundum acta & probata, at melius facit, si abstineat, & tum pars eum tanquam testem producere potest.

Qu. VI. *An valeat sententia conditionalis?*

Negatur, (1) Quia conditio est incertus eventus, sententia vero debet esse certa, §. 32. *I. de Act.* (2) pex text. expr. in *l.* 1. §. 5. *Quand. app.* ibi: *Sane quidem non est sub conditione sententia dicenda &c. L.* 37. ibi: *propter vitium &c. ff. de excus. tut.* Unde (3) nec ex incerto facto ad sententiam Judici properare licet. *L.* 3. *&* 4 *C. de Sent. quae sine cert. quantitat. L.* 59. *ff. de Re jud. Carpz. Proc. art.* 16. §. 7. *& P.* 1. *c.* 26. *def.* 9. Atque hinc (4) non ita pronunciari debet: **Würde Kläger erweisen, daß Beklagter von ihm hundert Rthlr. geborget, so wäre dieser solche zu bezahlen schuldig:** nam probatio præcedere sententiam debet. Sed & (5) fieri potest, *Laut. pag. 579. verb. de sententia conditionali &c.*

test, ut semiplene probet, vel minorem summam debitam esse; his casibus inepta foret illa sententia, & de novo jam pronunciari deberet. (6) Ordo processus ita interverteretur, & prius cognosci debet, deinde decidi. Rectius ergo (7) ita pronunciatur: Daß Kläger zuvörderst seine Klage erweisen solle, worauf denn weiter ergehet, was Rechtens. Vid. *Carpz. d.* 7. *n.* 71.

Sed quid si tamen fuerit dicta talis sententia?

Resp. Non est ulla, si in eventum certa, & in eum casum res decisa sit. *L.* 1. *§.* 5. *Quand. App.*

Aliquando tamen solet conditio sententiæ inseri: nam (1) conditio: *si juraverit*, usu frequentatur; Würde Beklagter vermittelst Eides erhalten, daß er dem Kläger die hundert Rthlr. nicht schuldig, so wäre er von der Klage zu entbinden; vid. *L.* 12. *in f. pr. de Reb. cred.* ibi: *vel in ipsa definitiva sententia*, *Carpzov. P.* 1. *c.* 26. *d.* 9. quanquam tutius sit, non decidere in hunc eventum; quia forte non in totum, sed in tantum jurare poterit. Sed & (2) in rescriptis Principum & responsis Facultatum Juridicarum conditio solet adjici, de quo casu est *L.* 17. *C. de Usur.* nam ea non tam ad decidendum, quam ad informandum dantur, nec causa cognita hic res deciditur. Imo (3) in processu liquidationis conditionaliter pronunciari solet: Würde Titius die Original-Obligation produciren, so wäre er in prima classe zu setzen ꝛc. *Brunn. de Conc. Cred. c.* 3. §. 15. *ibique Stryk.* Sed & (4) moribus valere sententiam sub conditione: *si probaverit*, putat *Carpz. d.* §. 7. *n.* 60. 61. *Cacheran. dec.* 146. *H. Pist. O.* 119. *n.* 27. Rationem afferunt, quia usu valet sententia cum clausula: *si juraverit*, ergo & cum clausula: *si probaverit*. Ego in utroque casu tutius crediderim, per interlocutionem rem expedire, inprimis vero in criminalibus, ubi minima circumstantia variat jus.

Secuto eventu, sine nova declaratione sententia executioni mandari debet. *H. Pist. O.* 219. *n.* 45. *Carpz.* d. §. 7. *n.* 69. *&* *P.* 1. *c.* 26. *d.* 11.

Qu. VII. *An ex sententia parti statim jus quaeratur, etsi provocatum fuerit?*

Resp. Sententia valet ex die pronunciationis, & jus statim inde acquiritur parti; sed si ab ea provocatum fuerit, erit eventuale, & cum tacita illa conditione: *Si in appellationis instantia confirmata fuerit.* Unde suspensa saltem sententia dicitur in *L.* 11. *C. de R. C. L.* 32. *C. de Appell.* Revera enim jam interest vel partis, vel fisci, cui jus expectandi

di eventum acquiritur. Conf. *L.* 1. *ff. Si pend. app.* Atque hoc eventuale debitum desiit esse in bonis defuncti, illeque plus suo habet: quod cum effectu præstare, actorique tribuere, secuta confirmatione tenetur. Atque hinc est, quod ad hæredes rei transeat sententia, etsi pœnalis: nam pœna jam non debetur ex delicto, sed ex sententia Judicis, ex qua non minus, ac ex contractu jus commutatur, aliique tribuitur, §. *f. l. de Off. Jud. arg. l.* 202. *de R. J.* & cum defunctus plus suo habeat, hoc hæres ejus ei, ad quem pertinet, ex regula justitiæ restituere tenetur. Idque in terminis ita traditur in *L.* 1. *ff. Si pend. app. L.* 3. *C. eod. L. ult. C. Si accus. vel reus.* At regula hæc exceptionem patitur in pœnis corporalibus, licet iis publicatio bonorum cohæreat: pœne enim personæ cohærent, adeoque rei morte exstinguuntur cum suis accessionibus, *L.* 20. *ff. de Accus. L.* 6. *ff. de Publ. jud.* hic ergo fisci non interest, neque hactenus reus defunctus plus suo habuit, nec ejus patrimonium auctius est, indeque nec hæres exinde tenebitur.

Certum ergo est, jus ex hac sententia quæsitum jam esse parti, sed eventuale: unde cum effectu sententia non valet, nisi ea confirmata fuerit. Adeoque tunc demum dicitur judicatum, & ex eo demum tempore executioni datur sententia. Atque hinc (1) usuræ rei judicatæ exinde debentur; (2) Terminus probatorius, in prima sententia præfixus, currere demum a posteriori sententia incipit; (3) Si ex crimine famoso damnatus provocavit, non nisi ex secunda sententia notatur, *per text. expr. in L.* 6. §. 1. *ff. de His, qui not. inf.* (4) Qui in prima sententia removebatur ab officio, & provocavit, lucratur salarium medio tempore perceptum. Atque ita conclusum memini in causa fisci, contra Ortlepium.

Obj. *L.* 6. §. 1. *ff. de His, qui not. inf.* ubi sententia retro valet, & effectum habet.

Resp. Imo hoc non dicitur de casu, ubi confirmatio sequitur, sed distinguitur in *d. L.* inter appellationem, quam actor deserit, & eam, quæ injusta declaratur. *Illo* casu recte dicitur, retro infamem fieri: quia appellatio, quæ deseritur, non videtur interposita. *L.* 6. §. 1. *ff. de His, qui not. inf.* ibi; *si autem omnia provocationis tempora lapsa sunt, retro infamis est.* Hoc casu ex die secundæ sententiæ demum notabitur, *d. l.* 6. ibi: *quamvis si injusta appellatio ejus visa sit, hodie notari puto, non retro notatur. Brunn. & Gloss. ad d. l.* 6.

Qr.

Qv. VIII. *An rationes decidendi quoque vim ſententiæ habeant?*

RESP. Rationes decidendi ſunt anima ſententiæ, adeoque quatenus illam illuſtrant & declarant, eatenus pars ſententiæ ſunt. Conf. *H. Piſt. P. 2. q. 44. n. 22.* Si ergo ſententia obſcura eſt, interpretationem ex rationibus decidendi recipit, atque ita in Curia Halberſtadienſi judicatum in cauſa Fleiſchh[illegible]s, contra Heinen, d. 1. Jul. 1706. At ſi ſententia clara, rationes decidendi vero vel generales, vel obſcuræ ſunt, reſtringendæ & explicandæ ſunt illæ rationes juxta ſententiam, quæ ſpecialiter loquitur: atque ita in dicta Curia pronunciatum in cauſa Annen Beyers, contra die Beyriſche Erben, d. 10. Dec. 1705. Rationes ibi hæ allegantur: Sonſten auch der Vorwand Actorum fol. 201. als ob Beklagte durch die letztere Sentenz Act. fol. 195. wegen Compenſation der Früchte mit denen Baukoſten von neuem gravirt wären, von keiner Erheblichkeit iſt, indem hiervon in Sententia nichts ausgedrucket iſt, und daher der Vernunft gemäß, daß, was deßhalb in Rationibus decidendi berühret, nach der Sentenz und der darinn befindlichen Reſtriction zu verſtehen.

Qv. IX. *An retractare Judex ſententiam interlocutoriam poſſit?*

Diſſentit Laut. pag 579. verb. interlocutoriam retrahere.

NEGATUR: Si cauſa cognita Judex decidit; tunc enim valet decretum ex quaſi contractu partium, indeque jus quæſitum eis eſt, quod ipſis invitis Judex auferre non poteſt.

At ſi judex ad unius partis inſtantiam altera non audita aliquid decernit, ſtatuit &c. illud retrahere contrario decreto poteſt, quia tota ratio allegata ceſſat: Hinc terminum ſemel dictum poteſt prorogare, *l. 19. §. f. de Rec. arb.* cautionem ſemel definitam augere, *L. pen. de Stip. praet.* novum opus prohibitum ex cauſa permittere. *L. 16. de N. O. N.*

OBSTAT (1) *L. 14. h.* ubi quod juſſit vetuitve Prætor, contrario imperio tolli poteſt.

RESP. Ibi de nudo præcepto agitur, non de ſententia cauſa cognita prolata.

OBJ. (2) *d. L. 19. d. L. p. d. L. 16.*

RESP. Loquuntur textus non de ſententia, cauſa cognita lata, ſed de præcepto.

OBJ.

Obj. (3) *L. 9. C. de Sent. & interloc.* ubi dicitur interlocutiones causam non perimere, ergo retrectari pro lubitu possunt.

Resp. Interlocutoriæ totam causam non perimunt, i. e. non finaliter decidunt, sed illum saltem articulum, de quo interlocutum est; quoad illam partibus jus quæsitum non est, quoad hunc vero nihil potest in præjudicium partis mutari.

Qu. X. *An Princeps ex plenitudine potestatis res judicatas intervertere possit?*

Negatur: Nam (1) in genere jam demonstravi supra Principem jus subditis quæsitum nec naturali ratione auferre posse. *L. 1. t. 4. q. 11.* At, si res judicata est, jus parti quæsitum est ex legibus publicis; adeoque ex voluntate Principis, quæ, ut litium aliquando finis, dominiorumque certitudo sit, veritatis auctoritatem rebus judicatis dedit. *L. 25. ff. de Stat. hom. L. 3. de Agn. & al. lib. L. pen. de Just. & jur. L. 4. C. de Re jud.* Jus quoque (2) quæsitum est ex consensu partium, indeque quasi ex contractu, & sic ex naturali quoque ratione: partes enim, Judicem adeuntes, in ejus sententiam, & quod ei stare velint, quasi compromittunt. *L. 3. §. 11. ff. de Pecul. L. 11. §. 1. ff. de Novat. & late Dn. Par. in Disp. de Vero debit. sent. abs. Sect. 3. §. 2. & seq.* Unde (3) nec naturale debitum post rem judicatam superest, licet injuria Judicis reus absolutus fuerit. *arg. L. 13. Quib. mod. pign. solv. dict. Disp. Sect. 3. per tot.* Hinc (4) Imperatores, si Leges ad casus præteritos extendunt, excipere solent transactiones & judicata. *L. un. C. de Contr. jud.*

Atque ita facultas Viadrina in causa quadam maximi momenti respondit Anno 1702. mense Decembr. Sed & Augustissimus Rex in causa Römmer, contra Römmern, ubi Commissarius judicatum sustulit, factum hoc in rescripto ad Regimen Halberstadiense transmisso improbavit.

Qu. XI. *An Res judicata ob instrumenta, noviter reperta, retractari possit?*

Neg. Vid. *supr. tit. de Transact. q. 14.*

Qu. XII. *An executio rei judicatæ differri prætextu meliorationum possit, si de ipsa re restituenda cavere dominus velit?* *Laut. pag. 5 9. verb. licet nova.*

Resp. Ille, qui rei vindicationis judicio condemnati sunt, causa tot sententiis decisa, executionem tamen remorari, & restitutionem tardare

solent prætextu meliorationum &c. quas forte in fundo facere, & quarum nomine cautionem sibi ante restitutionem rei fieri volunt; quo casu non contenti esse solent, ut res ipsa restituenda, litigiosa quippe, hypothecæ loco sit: unde novus plane processus super idoneitate cautionis emergit, quem per aliquot instantias pervagatum memini. At in contradictorio decisum aliquando fuit in Curia Halberstadiensi, rem ipsam pro cautione esse posse, in causa Beyerscher Erben, contra Annen Beyers, in puncto der Oelmühle, & quidem ex his rationibus: Daß aber die offerirte Walkenmühle vor zulänglich zu halten sey, erhellet daher, weil ja unstreitig ist, daß per judicatum aller Streit ratione proprietatis aufhöre, und consequenter Klägerin ein plenum Dominium in ipsa re erhalten habe, in welchem sie ja, denen bekannten Rechten nach, ein Pignus constituiren kann, und ist es ferner der natürlichen Vernunft gemäß, daß die Meliorationes nicht leicht den Fundum zu absorbiren pflegen, sondern der Fundus mehr werth sey, als die Meliorationes, dannenhero regulariter eine plena securitas in ipsa re gefunden wird; In mehrer Erwegung &c. da beklagte Erben vi judicati fructus perceptos & percipiendos zu restituiren schuldig, erkannt worden, welche, wenn sie mit der Gegen-Liquidation zusammen berechnet werden sollten, diese, wo nicht gänzlich absorbiren, dennoch ziemlich verringern würde &c. Allermaßen sonsten ein jeglicher Kläger, welcher sein Recht so sauer erstritten, weil er vielleicht keine Bürgen finden kann, nimmermehr zu dessen Genuß gelangen würde, indem der Beklagte, wenn er in dem Besitz bliebe, und ratione Meliorationum eben so viel Instantien, als in der Hauptsache veranlassen könnte, es leichtlich dahin bringen würde, daß der Kläger entweder aus Noth und Armuth, oder aus Verdruß, oder sonsten von seinem Recht abstehen müßte.

Es ist auch endlich dieses um desto mehr Rechtens, weil die Satisdationes hodie mere arbitrariæ sind, ita, ut sufficiat, probatam esse cautionem a Judice, etiam invita parte, *Fab. L. 2. tit. 39. d. 13. n. 3. Mev. P. 6. Dec. 124. per tot.*

Veræ autem tantum sunt hæ decidendi rationes, si notorie res restituenda majoris pretii sit: aliud vero est, si vel reconventio; vel meliorationes rei valorem excedant &c. tunc enim consultius existimaverim, rem sequestrari, usque dum idonea cautio præstita fuerit: in dubio arbitrio Judicis res relinquenda. *Fab. & Mev. dd. ll.* Neque hic appellatio admittenda, nisi quoad effectum devolutivum.

LIB. XLII. TIT. II.

DE CONFESSIS.

Qv. I. *An confeſſio infantia majoris, accedente tutoris autoritate facta, valeat?*

NEGATUR, Quia infantia major comparatur infanti, quoties conditio ejus fit deterior, uti confitendo, §. 10. *& ſeq. I. de Inut. ſtip.* & cum in favorem eorum receptum ſit, ut habeantur pro pubertate proximis, §. 11. *I. de Inut. ſtip.* id in odium eorum detorqueri non debet.

Exc. Si ſit pubertati proximus, de quo eſt *l.* 6. §. 5. *de Confeſſ.* nam hic jam aliquem intellectum habet.

Qv. II. *An confeſſio erronea procuratoris noceat Domino?*

Vid. *ſupr. tit. de Procur. q.* 14.

Qv. III. *An minor reſtituatur contra confeſſionem delicti?*

RESP. Si minor fatetur delictum, contra hanc confeſſionem non reſtituitur, *L.* 37. *in f. ff. de Minor.* uti enim contra delicta non reſtituitur, *L.* 1. *C. Si adv. del. l.* 9. §. 2. *ff. de Min.* ita nec contra confeſſionem delicti; quia ita petendo quoque delinquere intelligitur, quæ videtur ratio SCti *in d. l.* 37. §. 1.

Exc. Si non contra delictum vel confeſſionem delicti, ſed v. g. contra augmentum pœnæ, quod ex inficiatione delicti ſequitur, reſtitui petat, *l.* 9. §. 2. *ff. de Min.* tunc enim contra diffeſſionem reſtituitur; cum fatendo potuiſſet evitare pœnam dupli: atque hinc contra negationem, v. g. furti, reſtituitur, cum ſatisfaciendo potuiſſet evitare pœnam quadrupli, vel dupli &c. Illa enim facile fieri intelliguntur ex lubrico ætatis. Idem quoque eſt, ſi in legem committit ex juris ignorantia, de quo ad *Obj.* 3.

Ex quo ipſo apparet, ſecus videri, ſi proprii facti delictum fateatur: nec minor enim adeo deſtitutus eſt judicio, ut ultro reum delicti ſe ipſum, niſi vere reus eſſet, conſtituturus ſit. Tamdiu ergo pro reo habebitur, donec probet, non fuiſſe delictum, quo caſu ne quidem opus eſt reſtitutione; quia & major tum liberatur, *l.* 23. *§. f. l.* 24. *l.* 25. *pr. ff. ad L. Aquil.*

Obj. (1) *L.* 6. §. p. *ff. de Confeff.*

Resp. Non agitur ibi de fatente delictum, fed regula ibi ponitur, cujus exceptio eft in delictis. *l.* 37. §. 1. *ff. de Min.*

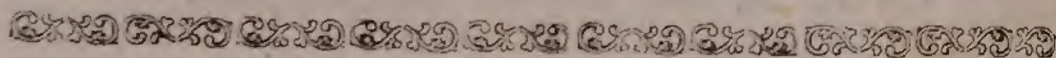
Obj. (2) *d. l.* 9. §. 2.

Resp. Ejus jam expofita eft fententia.

Obj. (3) *L.* 1. *C. Si adv. del.* ubi contra delicta, quæ non ex animo, fed extra veniunt, reftituitur ætas: adeoque & contra confeffionem delicti.

Resp. Loquitur ibi de delictis, quæ non ex animo, fed extra, i. e. citra animum, ignorantia forte Juris, committuntur: uti exemplum eft in *L.* 2. *C. eod.* Si mater minor negligat fuis liberis tutores petere, illa privatur fucceffione: at contra hoc delictum poteft reftitui; quia delictum ejus in ignorantia Juris, non vero in animo confiftit.

Atque ita minori, ftuprum confeffo, reftitutio denegata fuit in contradictorio, in caufa Buchtemanns, contra Pfilip, d. 8. Octobr. 1709. Menf. Maj. 1710. Conf. omnino fupra *tit. de Minor. q.* 15.



LIB. XLII. TIT III.

DE CESSIONE BONORUM.

Qu. I. *An filiusfamilias, fraude obaeratus, bonis cedere poffit?*

Laut. pag. 581. *verb. modo fit.*

Negatur: Quia beneficia delinquentibus non dantur; vid. *L.* 39. *de Min. L. p. de Jur. dot. L. f. de In jus voc. l.* 7. §. 3. *de Jurisd. l.* 1. §. *f. de Poen.* Ceffio autem eft beneficium. *L.* 7. *L* 8. *C. h.* Unde egenis pœna extraordinaria, *d. l.* 1. *d. l. f.* vel corporalis, *d. l.* 7. infligenda eft.

Obst. *l. f.* §. 4. *C. de Cuft. reor.* ubi captis & pecuniarie damnatis datur hoc beneficium, fi pœnam forte folvere nequeant.

Resp. (1) Loquitur de iis, qui fine fraude obærati, & cuftodiæ traditi funt.

Resp.

Resp. (2) Conſtitutio hæc non eſt pars Corporis Juris, ſed a privatis JCtis inſerta, uti ex ipſa inſcriptione apparet.

Qv. II. *An ceſſio fiat in tantum, quatenus facere poteſt?*

Negatur, Sed nec obolus relinquendus, *arg. L. 6. h. Laut. h.* *Laut. pag. 581. verb. Diſſent. Treutl.*

Dissentit Treutlerus propter *d. L.* 6. ubi tantum; quantum facere poteſt, cedens tenetur, nec quotidiana alimenta auferuntur.

Resp. Agit de eo, qui ceſſit bonis, & deinde aliquid quæſivit, uti ſi alimenta ipſi legata ſint annua &c. tunc enim beneficium competentiæ in bonis, poſt ceſſionem quæſitis, habet.

Qv. III. *An ceſſione bonorum renunciari poſſit?*

Negatur, Quia ea renunciatio continet obligationem ad carceres, quæ non valet. *l.* 71. §. 2. *de Cond. & dem. arg. L.* 2. *C. de Exact.* *Laut. pag. 582. verb. Cui renunciare.*

Dissentit *Dn. Stryk. h.* quia, etſi nemo ſit dominus membrorum, tamen actiones reſtringere poteſt.

Resp. Immo nec jus libertatis infringi poteſt.

Qv. IV. *An beneficium ceſſionis etiam ad fidejuſſores pertineat?*

Negatur: Quia perſonale beneficium eſt, quod nec ad hæredes neque ad fidejuſſores tranſit. *L.* 7. *de Exc. L.* 24. *pr. de Re jud.* *Laut. pag. 582. verb. fidejuſſores nihil juvantur.*

Obj. *L.* 43. *de Sol.* ubi acceſſiones quoque liberantur.

Resp. Per ceſſionem non liberatur reus a debito, ſed a carcere; in *d. L.* 43. autem agitur de liberationibus ab ipſo debito.

Qv. V. *An cedens infamia notetur?*

Negatur, Quia ex calamitate fit, *l.* 11. *C. Ex quib. cauſ. infam. arg. Leg.* 1. *C. eod.* Vid. *L. f. in fin. C. h. Laut. h.* *Laut pag. 582. verb. Cedens infamia.*

Obj. *Nov.* 135.

Resp. Ignominioſum non eſt turpe, ſed contemtus & calamitatis plenum; calamitas quoque contemtum parere poteſt: non infamiam.

LIB. XLII. TIT. IV.

QUIBUS EX CAUSIS IN POSSESSIONEM EATUR.

Qu. I. *An magiſtratus municipales quoque in poſſeſſionem mittant?*

Laut. pag. 582. verb. *non etiam &c.*

NEGATUR: Quia mittere in bona magis imperii eſt: minoribus autem magiſtratibus pignora tantum capere licet. *L.* 4. *de Juriſd. L.* 26. *pr. &* §. 1. *Ad Mun.* Vid. *ſupr. tit. de Juriſd. qu.* 6. Niſi ſententiæ exequendæ cauſa miſſio fiat. *L. ſ. de Off. ejus. L. un. Si quis jus dic.*

OBJ. *l.* 4. §. 3. *de Damn. inf.*

RESP. Magiſtratus Municipales id habent ex mandato Prætoris. *L.* 1. *h.*

Neque hodie id mutatum: nam conceſſa baſſa jurisdictione, tantum multæ, vincula & pignorationes continentur: neque videndum, quid quandoque fiat, ſed, ſi contendant duæ jurisdictiones, quid juris ſit.

Qu. II. *An creditor conditionalis quoque mitti in bona poſſit?*

AFFIRMATUR, *L.* 6. *pr. h.* quoties ſcilicet caveri ipſe debet, adeoque ex iis tantum cauſis, quibus miſſio fit, ut cautum ſit: ut in legatis, *l.* 11. *l.* 4. §. 1. *h.* vel ſi debitor latitet, *d. L.* 6. item ſi dolo debitor prodigat. *arg.* §. 1. *de Div. ſtip.* Id enim inprimis pendente conditione petitur, ut ſecurus ſit creditor, *l. p.* §. 1. ibi: *intereſt ejus, cautum habere &c. h.*

Secus ergo, ſi miſſio fit ex iis cauſis, quas executio ſequitur: ex ſecundo enim decreto creditor conditionalis mitti nequit, *d. l. p.* §. *ſ. l.* 7. §. 14. *h.* quia actuale debitum nondum hic eſt, indeque res vendi nequit.

Qu. III. *An miſſio fiat in bona debitoris, etiam ſine dolo latentis?*

AFFIRMATUR: Quia miſſio hæc fit, ut cautum ſit; nec ad hoc requiritur dolus, vel, ut intelligere poſſit debitor: unde hæc miſſio fit in bonis pupilli & furioſi. *l.* 6. §. 1. *l.* 7. §. 1. *h.*

At

At ut vendi poſſint, requiritur, ut debitor latitet, fraudandi creditoris gratia, de quo caſu agunt *LL. obſt. d. l.* 6. §. 1. *l.* 7. §. 1. *ſeq. h.* Unde requiritur, ut is, in cujus bona hæc miſſio ſit, ſit doli capax.

Qv. IV. *An Jure Novellarum creditores mittantur ex primo decreto in partem ſaltem bonorum ?*

Resp. In *Nov.* 53. *c.* 4. §. 1. *& ſeq.* tantum *venditio* & *executio* ſit pro rata; adeoque loquitur de miſſione ex ſecundo decreto. In miſſione prima ergo nihil mutatum eſt, ſed ea fieri in omnia bona debet, contraria tamen ſententia ex errore obtinuit, & Jure Canonico firmatur. *C. f. in f. Ut lit. cont.*

Laut. pag. 583. verb. *Hodie creditores &c.*

Qv. V. *An miſſus ex primo decreto poſſideat?*

Negatur, ſed detinet tantum: nam non tenet ſibi, ſed alii, qui ſperatur adhuc pariturus: eſt ergo nuda cuſtodia, *L.* 12. *h. t. L.* 5. *Ut in poſſ. leg. L.* 3. *in f. de Acquir. vel amitt. poſſ. l.* 15. §. 20. *de Damn. inf.* quam tamen tueri poteſt remediis juris, *L.* 2. *C. de praet. Pign.*

Atque hinc non Obstat hæc *L.* 2. ubi is, qui prætorium pignus habet, poſſeſſionem habere dicitur.

Resp. Ad eum effectum, ut remediis Juris ablatam cuſtodiam tueri & vindicare poſſit.

❖❖❖❖❖❖❖❖❖❖❖❖❖❖❖❖❖❖❖❖❖❖❖❖❖❖❖❖❖❖❖❖❖❖❖❖❖❖❖

LIB. XLII. TIT. V.

DE

REBUS AUTORITATE JUDICIS POSSIDENDIS, AUT VENDENDIS.

Qv. I. *An illi creditores, qui propter actionem realem ex primo decreto miſſi ſunt, mitti quoque poſſint ex ſecundo?*

Affirmat *Lauterb. h. t.* Sed verius eſt, in miſſo ex actione reali non opus eſſe ſecundo decreto, ſed ſufficere lapſum anni, ex quo conſtituitur verus poſſeſſor. *Gail. de Arreſt. c.* 1. *n.* 16. *Brunn. Paratil. ad tit. de Damn. inf. qu.* 36.

Laut. pag. 584. verb. *etiam præter &c.*

Qv. II.

Qv. II. *Quisnam sit effectus missionis ex secundo decreto?*

Laut. pag. 585. verb. ita, ut &c.

Resp. Effectus hujus missionis varii sunt: (1) Regulariter enim missus jus retentionis habet, *si res vel species debeatur*, atque ita possessio transfertur, ut petitorium saltem reservetur debitori. *C. f.* §. *In aliis X. Ut lit. cont.* (2) Si quantitas debetur, jus distrahendi misso competit. *L.* 7. §. 1. *seq. h. t.* (3) Hoc in missione ex causa damni infecti speciale est, quod missus ibi dominium consequatur. *L.* 5. §. 16. *de Damn. infect.* (4) In causa legatorum missus consequitur jus percipiendi fructus in contumaciam. *L.* 5. *Ut in poss. leg.*



DE PRIVILEGIIS CREDITORUM.

Qv. I. *An in deposito deponens jure separationis praeferatur aliis creditoribus?*

Laut. pag. 585. verb. etiam in deposito &c.

Affirmatur, si res adhuc exstat, *L.* 24. §. 2. *de Reb. Aut.* ibi: *Si tamen nummi exstent, vindicari eos posse puto*: etsi sit irregulare, i. e. pactum adjectum sit de tantundem restituendo. Nam sua natura est depositum, *L.* 31. *Locat.* pactum vero adjectum non mutat naturam negotii. Vid. *supr. tit. de Pact. q.* 19. Indeque deponens verus manet dominus. Missio vero fit in bona debitoris, non aliorum; in his enim nihil juris est creditoribus.

Obj. *d. L.* 24. §. 2. ibi: *Sed enim, qui depositis nummis usuras a mensulariis acceperunt, a caeteris creditoribus non separantur.*

Resp. Loquitur de casu, ubi res non exstat. Conf. *supr. tit. Dep. q.* 15 Tunc enim desinit esse dominus. Idem quoque est, si separari non possit. Vid. *Carpz. P.* 1. *c.* 28. *d.* 15.

Qv. II. *An sumtus funeris singulare jus praelationis habeant?*

Laut. pag. 585. verb. (2 sumtus funeris.

Affirmatur, per text. expr. in *L.* 45. ibi: *quae etiam omne creditum solet praecedere. L. f. in fin. eod.* ibi: *privilegium funerarium. l.* 14. §. 1. *eod.* ibi: *ex invectis & illatis eum funerandum.* Conf. *Brunn. Conc. cred. c.* 5. §. 14. & 15. *Laut. h. Goth. ad L.* 17. *de Reb. aut. Jud. possid.*

Obj

Obj. *L.* 17. *de Reb. aut. Jud. poss.* ubi inter privilegiatos collocatur.

Resp. Etiam illi sunt privilegiati, qui jure prælationis veniunt. *Conf. d. L.* 45.

Huc vero non pertinent vestes lugubres, *l.* 14. §. 6. *L.* 37. *de Relig. Mev. P.* 6. *dec.* 74. *seq. Carpz. P.* 1. *c.* 28. *def.* 41. *Brunn. Conc. cred. c.* 5. §. 14. & 15.

Qu. III. *An sumtus, pro cura ultimi morbi adhibiti, jure praelationis gaudeant?*

Affirmatur; (1) quia medici vix accederent, operamque suam subministrarent creditori obærato, nisi spes solutionis sub hujusmodi privilegio eos invitaret; adeoque (2) vitæ humanæ favor est, medicis hujusmodi privilegium tribui; quod (3) inprimis in morbis contagiosis verum est: his (4) accedit *L.* 4. *C. de Pet. haer.* ubi damnatus restituere hæreditatem, retinere potest ac deducere sumtus erogatos in *infirmum* & in funus, adeoque utrique sumtus ejusdem videntur esse juris. Unde & conjunguntur in *L.* 3. *C. de Relig.* Eaque communis Doctorum est sententia, & praxi recepta. *Laut. pag.* 586. *verb. curam &c. ultimi morbi.*

Dissentit celeberrimus Dn. Bodinus *in Disp. de Non praeferendis sumtibus, in ult. morb. impensis.* Iniquum enim ei videtur, sumtus ejus curæ ex qua defunctus est debitor, præferri debere sumtibus antiquioris curæ, quæ tunc vitam defuncto conservavit. Neque ullibi, ait, in Jure ita distingui, sed in *dict. L.* 4. & *dict. L.* 3. in genere dici, sumtus in morbum, non ultimum, deduci posse, neque ibi de prælatione seu concursu debitorum agi, sed asseri saltem, peti posse a debitore. Equidem hæc satis æquitati conveniunt, sed contrarium in foro receptum est.

Qu. IV. *An merces famulorum gaudeat praelationis jure?*

Affirm. etsi (1) famulus tempore mortis non amplius fuerit in domo, *Brunn. Conc. cred. c.* 5. §. 16. quicquid dissentiat *Carpz. P.* 1. *c.* 28. *def.* 25. Sed & (2) etsi usuras stipulatus sit famulus, & sic mutuum fiat, *Brunn. d. c.* 5. §. 17. propter *L.* 17. *in f. pr. de Reb. aut. jud. poss.* nisi animo novandi id fiat, *d. L.* 17. *Laut. pag.* 586. *verb.* (3) *merces famul.*

Not. Merces famulorum debetur post sumtus funeris, quia hæc præferentia est ex consuetudine, quæ stricti juris est, *Laut. h.* Dissentit *Struv. h.*

Usu Marchiæ extenditur hoc privilegium ad omnes officiales, ita, ut Ministri Principis, ecclesiarum &c. ratione salariorum reliquis creditoribus præferantur, *Brunn. d. c.* 5. §. 18.

Qu. V. *An onera realia, rebus simpliciter inhaerentia, gaudeant privilegio praelationis?*

Laut. pag. 586. *verb.* (6) *onera &c.*

AFFIRM. si onera rei inhæsere, antequam debitor quæsivit rem cum causa sua; ea enim sunt extra bona debitoris, & debitor rem accipit cum suo onere, quod suo facto tollere nequit; indeque pertinent ad eum ordinem, quo domini ante omnia res suas separant, eoque fisco præferuntur.

Si autem ipse debitor onus illud reale rei imposuit, tunc videndum quodnam antiquius sit: si enim vel fiscus, vel pignoratitius creditor, vel usufructuarius prævenit, his omnia bona prius obligata censentur, *L.* 1. *C. Si propt. publ.* & sic ea onera præferuntur; nam privilegiata quoque pignora constituuntur tantum in bonis, quæ debitoris sunt, id autem jus antiquius non est debitoris.

Atque hinc jam sponte fluit decisio quæstionis agitatissimæ: an pecunia hæreditaria, die Erbgelder, gaudeant jure prælationis? Affirmatur; quia onera realia sunt, quæ, si rebus simpliciter inhærent, præferuntur aliis creditoribus hypothecariis, *arg. L.* 15. *Qui pot. Laut. pag.* 586. Est autem pecunia hæreditaria (1) quam cohæres cohæredi ex causa familiæ ercifcundæ, adeoque ex ipsa divisione debet, *Carpz. P.* 3. *c.* 21. *d.* 8. (2) Quando uni res adjudicata, & ille alteri in pretium condemnatus est, quia in universitate pretium succedit in locum rei, *l.* 20. *pr.* §. 1. *seq. l.* 25. §. 1. *de Haer. pet. Schütz. ad Mod. Pist. P.* 3. *q.* 124. *n.* 30. *Wehner. voc.* Erbgeld. (3) Quam hæres cohæredi e bonis immobilibus ex hæreditate patris, matrisve, aut alterius cujusvis, communiter acquisitis, singulis annis præstat, *Carpz. P.* 3. *c.* 21. *def.* 8. *Id. L.* 4. *Resp.* 15. *Phil. Dec.* 7. *O.* 1. *Berl. P.* 1. *c.* 64. *n.* 115. *Moller.* 1. *sem.* 26. *n.* 1. *& c.* 41. *n.* 8. Quo etiam referunt (4) si prædium extraneo vendatur pretio, per intervalla solvendo, *Berl. d. l. n.* 117. *Moll. d. c.* 26. *n.* 12. *& P.* 1. *c.* 28. *n.* 29. Sed rectius saltem actio venditi inde datur, *Carpz. P.* 3. *c.* 21. *def.* 9.

Cessat igitur (1) si præcessit venditio; quia tunc non præstatur hæc pecunia ex titulo familiæ ercifcundæ, sed ex titulo emti venditi, *Carpz. P.* 3. *c.* 21. *def.* 8. *n.* 5. *& P.* 1. *c.* 28. *def.* 57. *Phil. Dec.* 7. *O.* 1. *n.* 3. *&* 5. *Coler. Dec.* 279. *n.* 2. *H. Pist. O.* 142. *n.* 1. *seq. Wehn. voc.* Erbgeld. (2) Si in mutuum convertatur, & usuras inde stipu-

puletur creditor, *Ziegl. ad Ord. proc. t.* 42. *in f. Carpz. P.* 1. *c.* 28. *def.* 6. *& d. conſt.* 21. *def.* 59. item *d. L.* 4. *Reſp.* 16. *Phil. Dec.* 7. *O.* 2. *Struv. Ex.* 44. *th.* 47. Diſſentit *Brunn. c.* 5. §. 21. (3) Si bona ſint mobilia, ex quibus aliquid ſingulis annis præſtari debet, *Carpz. d. def.* 8. *n.* 6. (4) Neque jus hoc prælationis competit contra tertium poſſeſſorem fundi, *Ziegl. d. l.* Nec (5) niſi ratione bonorum, pro quibus ſolvendum, non reliquorum. Ceſſat (6) ſi poſt diem venientem fuit in mora petendi, tunc tacite videtur mutuum contraxiſſe, *Carpz. P.* 1. *c.* 28. *def.* 60. quod tamen ſuſpectum videtur; quia ita nudo pacto fieret mutuum: conf. *ſupr. tit. de Reb. cred. qu.* 9. Rectius ergo tunc erit vel tacitum mandatum, vel conſtitutum. His omnibus caſibus deſinit eſſe jus hæreditarium, & ex titulo ſingulari debetur.

Qv. VI. *An uxor moto concurſu jus retentionis habeat?*

Moto concurſu uxores decoctorum jus retentionis urgere, eoque graviſſimas creditoribus movere vexas ſolent, bene ergo judex ponderare debet, num omnia requiſita juris retentionis adſint; de quibus late & perquam eleganter diſſerit *Mev. p.* 5. *dec.* 57. *n.* 9. Si enim dos v. gr. illiquida ſit, non locum habet jus retentionis. *Carpz. p.* 2. *c.* 25. *def.* 17. *& l.* 4. *Reſp.* 20. *per tot.* Non tamen eſt illiquida, ſi per documenta quodammodo verificetur, teſteſque producantur habiles, ex quorum aſſertione in continenti veritas demonſtrari poſſit, *Mev. p.* 5. *dec.* 57. *n.* 9. Atque ita in Curia Halberſtadienſi judicatum d. 19. Dec. 1709. *in cauſa* des Löhrſchen Concurs, contra Curatorem der Löhrſchen Ehefrau. *Laut. Pag.* 586. *verb. quoad repetendam dotem.*

Qv. VII. *An uxor, quae jus retentionis habet moto concurſu, etiam adminiſtrare bona poſſit? & an alimenta ei praeſtari debeant?*

Si de jure retentionis, & quod illum locum habeat, certo conſtat, uxores adminiſtrationem quoque ſibi vindicare ſolent. Equidem uxori adminiſtrationem deſideranti eam negari non debere, ait *Carpz. p.* 2. *c.* 25. *def.* 14. *n.* 1. *ſeq.* Verum tutius, & juri magis conforme eſt, curatori adminiſtrationem bonorum conferre, *Mev. p.* 3. *dec.* 255. *Brunn. Conc. Cred. c.* 1. §. 11. tum quia par eſt omnium creditorum conditio, omneſque commune jus habent. *Brunn. d. c.* 1. §. 8. *n* 5. *Mev. p.* 5. *dec.* 125. *n.* 1. Indeque uni altero invito nulla adminiſtratio competere poteſt: tum quia periculoſum eſt, fœminæ, quæ ſimul debitrix eſt, adminiſtrationem committere, quæ reliquis credito- *Laut. ibid.*

ditoribus ratione perceptorum inextricabiles lites movere posset. Atque ita in Curia Halberstadiensi judicatum *in causa* des Löhrschen Concurs, c. Curatorem der Löhrschen Ehefrau, d. 19. Dec. 1709. & Mense Dec. 1710.

At curator bonorum & uxori, quæ jus retentionis habet, alimenta durante processu præbet: Debentur enim uxori alimenta, quia interim dote sua, ac usuris, quas inde percipere potuisset, carere debet. *Carpz. p. 2. c. 25. def. 12. n. 2.* Non tamen debentur in infinitum, sed pro quantitate dotis, & necessitate uxoris. *Carpz. d. def.* 12. atque ita judicatum *in eadem Causa.*

Qv. VIII. *An sponsa de praesenti habeat hypothecam cum privilegio personali?*

Dissentit Laut. pag. 586 verb. licet de praesenti &c.

AFFIRMATUR, *L.* 17. *§. f. L.* 18. *L.* 19. *pr. h.* Conf. *supr. tit. In quib. caus. pign. vel hyp. qu.* 7. ubi & ea, quæ obstant, resolvimus.

Qv. IX. *An in re, pecunia nostra comparata, hypotheca cum personali privilegio locum habeat?*

Laut. pag. 587. verb. nam aliis tantum.

RESP. Vid. *supr. L.* 20. *tit.* 2. *qu.* 12.

Laut. pag 587. verb. hos Dd. extendunt &c.

Hodie Dd. jus hoc præferentiæ extendunt ad casum, quando venditor sibi reservavit hypothecam in re, per *L. 7. C. Qui pot.* ubi datur ei, cujus pecunia res comparata: vel qui ad eam comparandam credidit, nihil vero interest, tertius crediderit pecuniam, an venditor pretium: quin in hoc major ratio; quia, fide de pretio data, dominium amittit, ea lege, ut pignus sit. *Kauchb. P.* 1. *qu.* 5. *n.* 14. *Brunn. Conc. cred. c.* 5. *§.* 63. *Gail.* 2. *O.* 12. *n.* 4. *Mev. Part.* 5. *Dec.* 59. *Carpz. P.* 2. *c.* 28. *def.* 20. *&* 21.

Qv. X. *An pupilli quoque hypothecam privilegiatam habeant in re, quae eorum pecunia comparata est?*

Laut. pag. 578. verb. (4) pupilli &c.

AFFIRMATUR *L.* 7. *Qui pot. L. p. de Serv. pign. dat.* Non vero in bonis tutorum; hæc enim hypotheca simplex est, *L.* 20. *C. de Adm. tut.* Conf. *supr. tit. in quib. caus. pign. qu.* 4.

OBJ. *L.* 19. *§.* 1. *& L. seq. h.*

RESP. Agi ibi de privilegiis personalibus, uti patet ex *d. l.* 19. *§. 1. junct. l.* 32. *h.* Id enim solum ab initio habuisse videntur; postea vero a

Con-

Conſtantino quoque datum fuit pignus, *d. l.* 20. quin & utrumque ſimul dari potuit, *l.* 24. §. 1. *h. junct. L.* 1. *in quib. cauſ. pign.*

Qv. XI. *An fiſcus gaudeat hypotheca privilegiata?*

NEGATUR; Nam in bonis debitorum propter onus publicum adminiſtrationem, vel quoties ex contractu ſuo agit, (*vid. Laut. l.* 20. *tit.* 2. *pag.* 406.) tantum ſimplicem habet hypothecam, quæ cedit antiquiori, *l.* 8. *l. f. pr. Qui pot. l.* 2. *C. de Priv. fiſc.* *Diſſent. Laut. pag.* 587. *verb.* (5) *fiſcus.*

OBJ. *L.* 28. *de Jur. fiſc.*

RESP. Ibi fiſcus prior contraxit, uti id clarius exponitur in *d. l.* 2. *C. de Priv. fiſc.* indeque præfertur ex tempore, non privilegio.

Qv. XII. *An fiſcus in pœnali debito veniat demum poſt chirographarios?*

AFFIRMATUR, *l.* 17. *l.* 37. *de Jur. fiſc.* In pœnis enim privilegium non eſt, *l. un. C. de Poen. fiſc.* neque jus aliis quæſitum ob delictum debitoris auferri vel imminui poteſt, alias illi punirentur, *d. L. un.* Sed & debitor hoc æs alienum non amplius in bonis habet, indeque non de ſuo, ſed de alieno pœnam ſolveret: hinc recte dicitur, æs alienum deduci debere a bonis, quæ pœnam debent. *l.* 11. *l.* 22. *l.* 48. §. 1. *de Jur. fiſc.* *Laut. ibid. verb. niſi debitum.*

OBJ. *l.* 46. *§.* 3. *de Jur. fiſc.* ubi fiſcus ſemper habet pignus.

RESP. Excipiuntur pœnæ, *dd. LL.* Hinc ſi fiſco debetur quadruplum, cui ſimplum ineſt, v. g. ex adminiſtratione, in ſimplo fiſcus præfertur, in triplo poſtponitur. Vid. *O. Car. art.* 156.

Qv. XIII. *An hypothecarii privilegiati, invicem concurrentes, collocentur ex ordine temporis?*

NEGATUR: (1) propter *Nov.* 97. *c.* 3. verſ. *plurimum &c.* ubi privilegium dotis præfertur ei, quod datum eſt creditori, qui pro refectione ædium credidit; (2) per *d. Nov. c.* 4. ubi privilegio dotis præfertur privilegium ejus, qui credidit in militiam. *Diſſent. Laut pag.* 587. *verb. Hi invicem &c.*

OBJ. (1) *L.* 2. *L.* 8. *C. Qui pot. in pign.* ubi potior jure dicitur, qui potior eſt tempore.

RESP. Verum hoc eſt de creditoribus privilegiariis, de quibus Lauterbach in ſequentibus agit.

Obj. (2) Quod privilegiatus contra æque privilegiatum non utatur privilegio.

Resp. Non ſunt æque privilegiati, quia, licet in eadem claſſe ponantur, ejusdem tamen claſſis varii ſunt gradus.

Qu. XIV. *An respublica creditrix habeat privilegium perſonale?*

Laut. pag. 587. verb. Respublica &c.

Affirmatur, *L.* 38. §. 1. ibi: *omnibus chirographariis creditoribus præfertur &c. ff. h. t.*

Obj. *L.* 8. *ff. Qui pot.* ubi etiam fiſco præfertur.

Resp. (1) Loquitur de pœna, quæ fiſco debetur, in hac enim etiam chirographarii præferuntur.

Resp. (2) Loquitur de republica, cui expreſſe pignus conſtitutum eſt. Vid. *Dn. Berg. h. qu.* 5.

Resp. (3) Præfertur fiſco in re illa in ſpecie obligata; quia ſcil. fiſco in reliquis bonis ſatis proſpectum eſt.

Qu. XV. *An chirographarii collocentur ex ordine temporis, an ex cauſa favorabiliori?*

Laut. pag. 588. verb. Hi ſi ſint &c

Resp. Neutrum obtinet, ſed omnes concurrunt pro rata debiti, ſolo caſu depoſiti excepto; nam debitor rei depoſitæ non exſtantis præfertur chirographariis, *Laut. pag.* 588.

Qu. XVI. *Quis ſit proceſſus in concurſu?*

Laut. pag. 588. verb. de proceſſu &c.

Digna eſt hæc materia, ut latius evolvatur, in primis cum quotidie occurrat.

§. 1. Concurſus creditorum eſt, quando debitor (vel ipſi creditores,) petit convocari creditores, ut illis omnia ſua bona cedat, exque iis cuique ſecundum juris prærogativam ſatisfiat, *Brunn. de Conc. Cred. C.* 1. §. 1.

§. 2. Hic proceſſus vocatur proceſſus Cridæ: hinc formula: In Cridæ und Erſtigkeit = Sachen ꝛc. item Grand-Oblations-Concurs, Liquidations-Proceſs &c. *Stryk. ad Brunn. d. l. §.* 1.

§. 3. Creditores provocati tenentur ſequi forum debitoris, qui tanquam miſerabilis perſona Judicem ſuperiorem implorare poteſt, *Br. d. c.* 1.

§. 2.

§. 2. adeo, ut si plures judices sint, ipsa electio concedatur, *Stryk. in Not. ibid.*

§. 4. Aliquando per delegatus & sine strepitu judicii examinantur jura prioritatis, *Brunn. & Stryk. d. l.*

§. 5. Convocatis creditoribus debitor se offerre debet ad cessionem juratam bonorum, *Brunn. d. c.* 1. §. 3.

An ergo invito eo moveri potest concursus? Negat *Brunn. d. c.* 1. §. 4. quin debitorem ad cessionem bonorum provocantem pœnitere posse, ait *d.* §. 4. Nisi semel creditoribus addicta sint bona, *Stryk. ibid.* Rectius vero asserimus, creditores contra debitorem morosum, etiam invitum, concursum excitare posse, nec debitorem id evitare posse, nisi in continenti ex libris suis probet, satis se solvendo esse.

§. 6. Concursu moto, (1) inducitur litis pendentia & actiones ante jam intentatæ remittuntur ad concursum, etsi immissio jam facta sit, *Brunn. c.* 2. §. 6. Nisi vel res judicata adsit, vel debitum jam absque fraude creditorum ante concursum jam solutum sit, *d. c.* 1. §. 8. (2) In Marchia & Ducatu Magdeburgico sistitur cursus usurarum; (3) Impedit jus offerendi; (4) Inducit causæ continentiam, & (5) Bonorum communionem, vi cujus omnes creditores commune jus habent, donec super prioritate sententia feratur, *Brunn. d.* §. 8. *ibique Stryk.*

§. 7. Statim ac debitor ad concursum provocat, vel creditores concursum movent CURATOR BONORUM constitui debet, vel a creditoribus, vel, si convenire non possint, a Judice. Hic inventarium conficit, administrat nomine creditorum, iisque rationem reddit, *Br. d. c.* 1. §. 11. Aliquando administratio relinquitur ipsi debitori, *Br. c.* 1. §. 6. Sed nec id consultum ait *Stryk. ad d.* §. 6. nec invitis creditoribus id fieri potest.

§. 8. Præterea CONTRADICTOR constituitur, vel a creditoribus, vel a judice, qui contradicit nominibus, & annuo salario concesso curam habet omnium creditorum, ejusque, quod eorum interest, *Brunn. d. c.* 1. §. 10.

§. 9. Sumtus processus ex bonis debitoris sumuntur, & præferuntur omnibus creditoribus, etiam doti, *Brunn. d. c.* 1. §. 12.

§. 10. Citatio de essentia totius processus est, eaque fit non a Judice communi omnium creditorum, sed ab ordinario, & in foro domicilii;

omnes-

omnesque creditores comparere tenetur ſub pœna præcluſionis, licet alias jurisdictioni citantis ſint exemti, *Brunn. c.* 2. §. 1. *&* 5.

§. 11. Sufficit vero, vocari creditores in genere, (quanquam tutius ſit, viduas, pupillos &c. in ſpecie vocari, *d. c.* 2. §. 2.) & quidem per proclama, quod affigitur in trium vicinorum territoriis. *d. c.* 2. §. 10.

§. 12. Requiritur trina citatio (binam admittit *Brunn. d. c.* 2. §. 3.) & uno termino elapſo, contradictor alium impetrare debet, *c.* 3. §. 11. Contenta citationis ſunt, ut creditores condicto die compareant, debita ſua doceant, & originalia producant, *d. c.* 2. §. 4.

§. 13. Huic citationi parere debent omnes creditores, forenſes & privilegiati, *d. c.* 2. §. 5. immiſſi, *d. c.* 2. *§.* 6. quibus in diem & ſub conditione debetur, *ibid.* §. 7. etiam qui dominus rei manſit, *ibid.* §. 8.

§. 14. In termino CONTRADICTOR exhibet inventarium, *Brunn. c.* §. 1. Producuntur mandata, *ibid.* §. 2. ac originalia, quorum fidem examinat contradictor, *ibid. §.* 3. &, vel ad protocollum jura deducuntur, vel ſi altioris indaginis ſint, in ſcriptis proceditur, *Brunn. ibid.* §. 4. Una cauſa concluſa, ſuſpenditur deciſio, usque dum in omnibus concluſum ſit. Contradictori autem deferri juramentum nequit, *ibid.* §. 5. & ſententia conditionalis hic ferri poteſt, *d. c.* 3. §. 15. *& c.* 5. §. 3.

§. 15. Ante omnia in eodem termino contradictor contumaciam non comparentium creditorum accuſat, & tunc per ſententiam declaratoriam hi excluduntur a concurſu, *d. c.* 3. §. 11. *ibique Stryk.* (non a ſuo debito, *ibid.*)

§. 16. Durante proceſſu, ambages amputandæ, nec dilationes ſine juſtiſſima cauſa concedendæ ſunt, *d. c.* 3. §. 13. *& c.* 4. §. 8.

§. 17. Probatis creditis de prioritate diſputatur, *Brunn. c.* 4. *§.* 1. *&* 2. Contradictor ſingula nomina examinat, eaque impugnat, *ib. §.* 5. & ſi quid omittit, concreditores id ſupplere poſſunt, *c.* 3. §. 8. *&* 9. Unde & creditor juramentum defert, *d.* §. 8.

§. 18. Quando in ſingulis cauſis concluſum eſt, vel Judex loci ſententiam fert, vel acta transmittuntur, *d. c.* 4. §. 6. *& c.* 5. §. 1. & tum ſequitur das Prioritäts-Urtheil, ubi ſecundum tempora & privilegia cuique creditori ſuus aſſignatur locus, quem ordinem expoſuit *Brunn. tot. c.* 5.

§. 19.

§. 19. Gravati possunt appellare ad Superiorem, *Brunn. c.* 6. §. 1. (2) Si ab uno articulo sententiæ contradictor appellat, tota causa ad Superiorem remittenda est, *ibid.* §. 3. (3) Si unus creditorum appellat, reliquorum jura executioni mandari debent, qui vero cavent de damno, quod appellanti forte contingere posset, *d. c.* 6. §. 4.

§. 20. Executio ita fit, ut illi, qui priores hypothecas habent in immobilibus, ad illas remittantur, *Brunn. c.* 7. §. 1. & tum bona æstimantur per peritos artis, (cui taxationi etiam creditores interesse possunt), *d. c.* 7. §. 2. quo facto, in arbitrio creditoris est, an pro illo pretio rem æstimatam sibi habere velit, *d. c.* 7. §. 3. Si nolit, sub hasta venditur, *ibid.* §. 4. Ad licitationem admittuntur omnes, etiam liberi debitoris, si ab hæreditate abstinent, non ipse debitor, *ibid.* §. 8. Non vero acceptatur licitatio infra dimidium taxæ, *d. c.* 7. §. 5.

§. 21. Tres solent esse termini licitationis, *Brunn. d. c.* 7. §. 6. & 7. Qui in ultimo termino majorem offert summam realiter, præfertur, *d. c.* 7. §. 9. Si plures idem pretium offerunt, præfertur creditor extraneis, inter creditores cognatus, vel qui majorem summam habet, inter æquales, qui primus licitatus est, *d. c.* 7. §. 11.

§. 22. Si non invenitur emtor, creditores in solutum tenentur accipere bona, *d. c.* 7. §. 14. nec datur debitori facultas reluendi, *ibid.* §. 17. aliquando tamen beneficium competentiæ ei competit, *ibid.* §. 20.

§. 23. Evictionem nec Judex præstat, nec creditores. Sed ipse debitor, *ibid.* §. 18. & creditores in bonis a debitore postea quæsitis jura sua retinent, *Stryk. ad d. c.* 7. §. 21.

§. 24. Contraria sunt: (1) Exceptio nullitatis, si ea probatur, *c.* 7. §. 24. (2) Remedium *L.* 2. *C. de Resc. Vend.* Vid. *supr. L.* 18. *tit.* 5. *q.* 11. (3) Non propter instrumentum noviter repertum: nisi in causis, *supra L.* 2. *t.* 15. *q.* 14. recensitis. Vid. *Stryk. ad d. c.* 7. §. 26. (4) datur Restitutio in integrum, si pupillus, ecclesia &c. salvum regressum non habent, *d. c.* 7. §. 27.

Coronidis loco paucis examinabo quæstionem: An, moto concursu, ille, qui se rei dominum ait, eamque a concursu separari petit, in termino liquidationis comparere, & cum reliquis creditoribus jura sua disceptare debeat? Resp. Judex ad hujusmodi implorationem & domino, & creditoribus diem condicit. Si jam cognita causa constet, rem jure dominii ad implorantem pertinere, statim ei res restituenda est, nec ille finem con-

curſus expectare tenetur, *Brunn. de Conc. cred. c.* 2. §. *ibique Dn. Stryk.* Si vero contradictor (vel creditores) neget dominium, juſtamque illud negandi cauſam alleget, remittitur ad reliquos creditores, ac jura ſua in termino liquidationis deducere, *Brunn. d. l.* & ſententiam prioritatis exſpectare tenetur, *Brunn. d. l. c.* 5. §. 5. *& ſeq.*

Atque ita in contradictorio judicatum in curia Halberſtadienſi in cauſa Contradictoris des Achillischen Concurs, contra den Magiſter Achilles, Menſe Jan. 1707.

Equidem acriter de eo diſputatum fuit in eadem cauſa: dominus enim coram Commiſſione jura dominii prius examinanda, interim vero concurſum ſuſpendendum eſſe, putavit. Rationem allegabat, quod præjudicialis hæc eſſet quæſtio, quænam bona ſint creditoris, ratione quorum ſuper prioritate diſceptari debeat; hanc prius decidendam, bonaque debitoris a rebus alienis ſeparanda eſſe.

Resp. Iniquum foret, ſi ob hanc dominii quæſtionem Concurſus ſuſpendi & ſinguli creditores hujus litis eventum expectare tenerentur. Tutius eſt, hanc ipſam cauſam reliquorum creditorum diſceptationibus jungere, & utramque una prioritatis ſententia decidere. Atque ita in contradictorio judicatum *in dicta cauſa.*

✚✚✚

LIB. XLII. TIT. VI.

DE SEPARATIONIBUS.

Qu. I. *Quid ſit Jus ſeparationis, quibus competat, & quando finiatur?*

Resp. §. 1. Separatio eſt jus creditorum ſeparandi bona defuncti & hæredis, quæ non ſolvendo eſſe ſuſpiciantur, *L.* 2. §. 1. *L.* 4. §. 1. *L. p. pr. h.*

§. 2. Jus hoc datur omnibus defuncti creditoribus (quales etiam ſunt legatarii, *l.* 6. *pr. h.* item hæredes, quibus defunctus debuit, pro parte, ex qua non ſunt hæredes; non quibus natura tantum debetur, *L.* 10. *de V. S.* nec liberi ratione legitimæ; quia hæc non intelligitur, niſi deducto ære alieno), petentibus, etiam, ubi id neceſſe eſt, hypothecariis, *L.* 4. *pr. h. l.* 7. *C. de Bon. aut. Jud. poſſ. l.* 1. §. 16. *h.* Vid. *qu. ſeq.* Etſi creditores (*a*) ſint

ſint inſtituti, & ſic factum defuncti præſtent; quia teſtator non magis uti prohibuit hoc beneficio ac Falcidia, *d. L.* 7. Etii quoque (β) non debeatur pure, *L.* 11. *de V. S. L.* 16. §. 1. *Qui & a quib.* quia cautionis inſtar eſt in futurum, *L.* 4. *pr. h.* Sed & etſi (γ) quidam non petant, quia hi inter creditores hæredis numerandi, *L.* 1. §. 16. *h.* nam non petita ſeparatione ſunt creditores hæredis.

§. 3. Non ergo datur hæredis creditoribus, *l.* 1. §. 2. *h.* Ratio differentiæ in eo conſiſtit, quod hæres ſuo jure adire poſſit hæreditatem, etiam damnoſam, nec creditores ejus id impedire poſſunt; quia libere poteſt adire & ſe obligare adeundo, ſeu quaſi contrahendo, ac ſuccedere in æs alienum etiam invitis creditoribus, qui vel ſunt, vel debent eſſe gnari ejus conditionis, *L.* 19. *pr. de Reg. Jur.* Eſt enim rerum ſuarum dominus, & uti eas alienando, ita multo magis acquirendo oneroſam hæreditatem nocere creditoribus poteſt. Sed iniquum eſt, id nocere creditoribus defuncti, qui cum ipſo non contraxere, ſed in eum incidunt; ſane uti defuncti bona, ita & ejus creditores non ſunt hæredis, ſed demum ejus fiunt per aditionem. Prævenire ergo poſſunt creditores petendo ſeparationem, & impedire, ne jus iis quæſitum, mixtis bonis hæredis obærati, diminuatur. Illi ergo de lucro captando certant, hi de damno vitando.

Exc. 1. Si palam adeat in fraudem ſuorum creditorum, *l.* 1. §. 5. *h.* tunc enim Prætor contra debitorem, qui vel invidiæ cauſa, vel ſciens nihil lucri inde oriri, adit, extra ordinem ſuccurrit, *l.* 6. *pr.* & §. 2. *h.*

Exc. 2. Si coactus adeat, nec ſit, cui reſtituere poſſit, *l.* 1. §. 6. *h.* quia tota moles æris alieni reſideret in hærede, noceretque creditoribus ejus, niſi ſeparatio fieret.

At contra in eo hæredis creditorum melior eſt conditio, quod, dimiſſis creditoribus defuncti, regreſſum in bona defuncti habeant, *L.* 3. *in f. l.* 4. *verſ. Sed ſi illis &c. h.* non hi, dimiſſis illis, in bona hæredis; quia hi aſpernati ſunt hæredem, petita ſeparatione, non illi, *d. l.* 3. *pr.* & §. *Quod ſi &c.* 1. Actus defuncti, hæredem obæratum ſibi facientis, eſt inſtar alienationis, actus hæredis adeundis bona obærata inſtar acquiſitionis, quia ſuum æs alienum minuit.

§. 4. Datur hoc beneficium a Prætore ad ſeparandum bona defuncti a bonis hæredis, quæ non ſolvendo videntur, *l.* 6. *pr. h.* contra hæredem, qui adiit, *l.* 1. §. 1. *h.*

§. 5. Tollitur (1) quinquennio, *l.* 1. §. 13. *h.* Quod tamen in Marchia non obfervatur. *Brunn. ad l.* 1. *h.* (2) Si quis hæredis fidem femel fecutus fit, etfi non animo novandi, *l.* 1. §. 15. *l. f. h. l.* 2. *C. de bon. auct. Jud. Diffentit Brunn. ad d. l.* 1. (3) Bonis plane confufis, *l.* 1. §. 12. *l.* 2. *h.* vel (4) confumtis; neutro enim cafu res integra eft. (5) In feudis ex pacto & providentia; quia non funt pars hæreditatis defuncti.

QV. II. *An hypothecariis detur beneficium feparationis?*

RESP. Non femper quidem ipfis neceffarium eft; quia vi pignoris præferuntur creditoribus hæredis. Aliquando tamen eft neceffarium, uti (1) fi hæredum creditoribus competit forte pignus privilegiatum, ut fifco; tunc enim priores his non præferuntur, nifi ope feparationis, *l.* 1. §. 3. *h.* (2) In hypotheca generali, qua veniunt etiam bona futura, præferuntur creditores hæredis, creditoribus defuncti, fi ipfis vel fimul, vel ante hypotheca eft conftituta, at his fuccurritur beneficio feparationis; atque ita facultas Viadrina refpondit anno 1685.

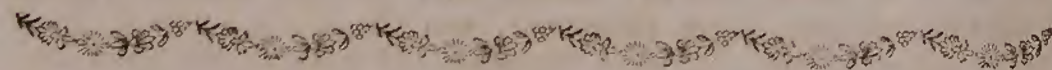
Conf. *Laut. Difp. de Separat. ibique late allegati Dd.* Diffentit *Stryk.* & *Scotam.*

QV. III. *An fi creditores hæreditarii feparatione petita folidum confecuti non fint, reverti ad hæredem poffint?*

NEG. *L.* 5. *pr. h.* quia femel a perfona ejus receffere, & bona fecuti funt, *d. l.* 5. *verf. quod fi &c.*

OBJ. *l.* 3. §. *f. h.*

RESP. Ex oppofitione apparet, JCtum pofterius membrum folum, ut in dubium decidiffe, prius vero dubium reliquiffe: fed id dubium certo deciditur in *L.* 5. *h.*



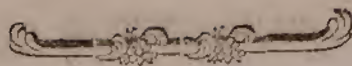
LIB. XLII. TIT VII.

DE CURATORE BONIS DANDO.

QV. *An ille, qui diu abeft, pro mortuo habeatur, & quifnam fit curator?*

Laut. pag. 588. verb. *abfentis.*

RESP. Vid. *fupr. Lib.* 5. *tit.* 5. *qu.* 21.



LIB. XLII. TIT. VIII.

QUÆ IN FRAUDEM CREDITORUM FACTA SUNT, UT RESTITUANTUR.

QV. I. *An actio Pauliana sit actio realis, an personalis?*

RESP. Antinomia videtur inter §. 6. *de act.* ubi dicitur realis, & *l.* 38. *pr. &* §. 4. *de Usuris.* ubi dicitur personalis. *Dissent. Laut. pag.* 589 verb. *realis &c.*

Sed præmittendum est, duplex in hac materia esse edictum Prætoris, *L.* 14. *h. t.* *Alterum* personale, quo fructus quoque rei, in fraudem creditorum alienatæ restitui debent, *L.* 1. *pr. h. t. l.* 38. *pr. &* §. 4. *l.* 14. *de His, quae in fraud. l.* 10. §. 22. *eod.* *Alterum* vero reale, quo dominia revocantur a quocunque possessore, *d. l.* 14. *pr. d. l.* 10. *pr. h.* & hoc sensu refertur inter actiones reales in §. 6. *de act.*

Insignis effectus est ratione fructuum: Si enim *personaliter* agitur, tunc agitur ad omnes fructus, etiam perceptos; nam voce *restituas* etiam fructus continentur, *d. l.* 38. §. 4. *d. l.* 10. *§.* 22. & contra personam agitur, ut illa præstet, quod nobis abest, adeoque & fructus; atque de hac personali actione agi in *d. l.* 38. §. 4. *de Usur.* patet ex voce *restituas*, quæ ibi allegatur ex *d. l.* 10. ubi ea vox occurrit. Si *realiter* agitur, non peti videntur fructus, qui tempore alienationis non fuere, indeque nec alienati in fraudem creditoris dici possunt, *d. l.* 38. §. 12. *&* 22.

QV. II. *An actio Pauliana oriatur ex ficto dominio?*

NEGATUR. Nam cum in exstantibus rebus saltem pignus competat creditori, absurdum esset in alienatis ei dominium tribuere. Neque (2) ullibi hoc in Jure dicitur; Sed (3) Magis est ex ficto pignore, creditores enim, etsi missi nondum sint in bona alienantis, tamen cum mitti debuerint, & ita pignus consequi, revocant, atque si pignus jam tum habuissent, cum in bonis esset. Unde hactenus recte in rem dicitur, §. 6. *I. de Act.* *Dissent. Laut pag.* 590. verb. *ex ficto dominio &c.*

OBJ. *l.* 38. *pr.* §. 4. *de Usur.* ubi expresse dicitur in personam: sed jam ante dictum est, ex hoc edicto duo a Prætore data esse remedia, unum petitorium ex jure pignoris, & in rem, quod proponitur in *l.* 1. *pr. h.* estque & in rem conceptum, & actio prodita in rem. Alterum interdictum restitutorium cum actione in factum ex dolo & facto fraudatoris ad re-

restituendam rem alienatam cum sua causa, *l.* 10. *pr. h.* & de hoc in specie agitur in *l.* 38. §. 4. *de Usur.* ut ex allegata ibi voce *restituas* apparet, quæ in posteriori demum edicto habetur: & hoc est illud, quod interdictum fraudatorium dicitur in *L.* 67. §. 1. *ad SCt. Treb.*

QU. III. *An Actio Pauliana detur contra possessores?*

Laut. pag. 590. *verb. contra possessores &c.*

AFFIRM. quatenus est realis; non vero, quatenus est personalis. *Vid. qu.* 1. & 2.

QU. IV. *An Actione Pauliana quoque revocentur fructus?*

Laut. pag. 590. *verb. de fructibus*

AFFIRM. si in personam agitur, non, si in rem. *Vid. qu.* 1. 2. & 3.

LIB. XLIII. TIT. I.

DE

INTERDICTIS, SIVE EXTRAORDINARIIS ACTIONIBUS, QUÆ PRO HIS COMPETUNT.

QU. I. *An interdicta recte dividantur in realia & personalia?*

RESP. Ex ratione Juris interdicta neque sunt realia, neque personalia, sed agitur ibi de possessione, quæ facti est, non juris: verum ex jure plurimum mutuatur, & hoc imprimis, ut juris remediis defendatur, ne possessor interim in possessione turbetur. *Vid supr. L.* 1. *tit.* 8. *qu.* 2. *per tot.* Si itaque causa possessionis tuendæ est delictum, interdictum est personale; Sin est jus in re, est reale; quia possessio ipsa petitur, quam dare non potest, qui non habet.

Cujacius, omnia interdicta ait esse personalia, propter *l.* 1. §. 3. *h.* Equidem regulariter id verum est; etsi enim quandoque in rem concepta sint, vi ipsa tamen sunt personalia, *d. l.* 1. §. 3. quia persona ex mandato Judicis obligatur ad præstandum, adeoque ex obligatione est, secus ac actiones in rem, quæ non sunt ex obligatione, sed unice ex re & dominio, §. 1. *I. de act.* Gloss. *ad l.* 1. §. *p. h.*

Gæ-

Gœhausen ait, quædam interdicta pro possessione, quædam ad id, quod interest, dari, propter *L.* 68. *de R. V.* ubi & is, qui non potest restituere, nec dolo desiit, tenetur ad id, quod interest.

RESP. Etsi non dolo, tamen culpa desiit, *L.* 36. §. 1. *eod.* ergo & hoc possessio mutuatur ex jure, ut ob delictum agi possit ad id, quod interest, etiam ex interdicto.

Bachovius sex sententias diversas circa hanc quæstionem refert *Vol.* 2. *ad Tr. D.* 25. *th.* 1.

Qv. II. *An sola interdicta retinendae possessionis sint duplicia?*

AFFIRMAT. *L.* 2. *h. L.* 37. *d. O. & A.*

OBJ. *l.* 2. §. *f. h.* ubi plura sunt interdicta duplicia, recuperandæ scilicet & retinendæ. *Laut. pag.* 591. verb. *eaque sola &c.*

RESP. Hoc sensu possunt esse duplicia alia quoque, sed non ita, ut uterque sit actor & reus, de qua duplicitate hic quæritur.

Qv. III. *An dentur mixta interdicta, quae partim sunt retinendae, partim adipiscendae?*

AFFIRM. *Vid. l.* 37. §. 1. *de O. & A. L.* 2. §. *f. h. t. L.* 1. §. 3. *Ne vis fiat &c.*

DISSENTIT Cujacius *L.* 4. *O.* 11. quia sola retinendæ sunt duplicia.

RESP. Alio sensu sunt duplicia & mixta, quam retinendæ, ubi uterque actor & reus est. *Vid. qu. praeced.*

Qv. IV. *Si actor solum possessorium instituit, an Judex omisso possessorio possit pronunciare in petitorio?*

NEGATUR: *Carpz. L.* 1. *Resp.* 73. *& Proc. tit.* 1. *art.* 5. *n.* 26. quia Judex non potest ultra contenta libelli judicare, neque de eo sententiam ferre, quod in litem deductum non est. *Disp. Dn. Par. de Cumul. Pet. & poss.* §. 46. *Carpz. d. art.* 5. *n.* 19. *&* 27. *Laut. pag.* 591. verb. *petitorium absorbet &c.*

Exc. (1) Si cum possessorio cumuletur petitorium, (illam autem cumulationem in adipiscendæ & recuperandæ; non retinendæ, interdictis fieri posse, erudite demonstrat *Dn. Par. d. Disp.* §. 18. *& seq.*) tunc enim utrumque eadem sententia definiendum est, *c.* 6. *X. de caus. poss.* Et, si alter in possessione, alter in petitorio obtinet, ille, qui in petitorio vincit, si reus est, rem retinet, si actor est, ei restituitur, ac declarato possessori, si ei ratione fructu-

ctuum vel expensarum aliquid præstandum est, satisfieri debet, *d. Disp.* §. 43. Si vero idem & in petitorio & possessorio vicerit, nullus effectus erit possessionis cumulatio, *dict. Disp.* §. 44. Si de possessorio constet, petitorium vero dubium sit, non simultanea terminatur sententia, sed de solo possessorio sententia fertur; liquidum enim per illiquidum impediri nequit. *C.* 2. *X. de caus. propr.*

Exc. (2) Si clausula salutaris libello actoris sit adjecta, *d. Disp.* §. 47. & 48. *Laut. Comp. p.* 591. *part.* 1. *p.* 154.

Exc. (3) Si reus jura sua in petitorio deducat, eaque probet; nam hoc quoque casu Judex in petitorio sententiam ferre potest, licet causa possessionis sit liquida, in libello unice proposita, & protestatio accesserit, *Mev. P.* 6. *dec.* 100. neque dici potest, ultra contenta libelli hæc esse; nam Judex etiam juxta exceptiones, quas reus opponit, & juxta litis contestationem pronunciare debet: nisi de spolio agatur; hoc enim ante omnia restitui debet.

Vera autem est tertia hæc exceptio non tantum in possessorio ordinario, sed & in summariissimo; etsi enim videatur in summariissimo de solo facto præsenti, non de jure quæstio esse, ita ut saltem momentanea possessio, ne partes ad manus veniant, determinetur, ubi de probatione dominii frustra quæri videtur; attamen cum in omni causa possessionis hodie ad summariissimum provocari possit, indeque summariissimum vix differat ab ordinario, idem utrobique jus obtinebit, *Stryk. de Necess. ed. tit. poss. c.* 3. *n.* 33. *seq. Carpz. tit.* 23. *art.* 1. *n.* 6. Si ergo hic quoque reus justitiam tituli probet, non attento possessorio, in petitorio pronunciatur, *Stryk. d. c.* 3. *n.* 6. 7. & 8. *ibique late Dd.* Atque ita in Curia Halberstadiensi per tres conformes sententias judicatum in causa Burgermeister und Rath zu Gröningen, contra den von Oppen, in causa des von Pein, contra die Dominicaner, die 25. Apr. 1695. in causa Rennert, contra Bortfeld, d. 13. Sept. 1694. in causa Wachtel, contra Uhen, d. 1. Mart 1694. in causa Bindemann, contra Struven, d. 24. Nov. 1701. & d. 25. Mart. 1703. Ter quoque ita judicatum in causa Gherken, contra Ghecken, item in causa Schulenburg, contra die Müllersche Erben.

Qu. V. *An petitorium cum possessorio cumulari possit?*

Dissent. Laut. pag. 592. *verb. possessoria acquirendae &c.*

Resp. De Possessorio ADIPISCENDÆ & RECUPERANDÆ plurimi id negant, ideo, quia ex possessorio demum cognosci debet, quis in petitorio actor, quis reus esse debeat, §. 4. *Inst. de Interd. l.* 1. §. 2. & 3. *ff. Uti poss. l.* 62. *ff. de R. V.* adeoque cum actor durante possessorio incertus sit, contradictio videtur, petere declarari, quisnam actor esse debeat,

&

& tamen ſe pro actore ſimul gerere. Idque evidenter tradi videtur in *d.* §. 4. *d. L.* 62. *L.* 13. *C. de R. V. L.* 35. *ff. de A. vel A. P. Dn. Par. d. Diſp.* §. 18. *&* 19. Contrarium tamen verius eſt: nam (1) in favorem v. g. actoris hoc introductum eſt, ut prius de poſſeſſorio agere, & tum de jure ſuo experiri poſſit, huic ſuo favori actor renunciare, & maturandæ litis ergo petitorium ſimul jungere poteſt, *d. Diſp.* §. 20. Atque ſic e contrario reus, qui exceptionem dominii opponit, itidem ſuo favori renunciat, qui eum tanquam poſſeſſorem ab onere probandi liberat. Sed & (2) bene notandum, hunc unum eſſe effectum poſſeſſorii, ut declaretur, quis petitor eſſe, i. e. probare, debeat, huic ſoli effectui renunciat actor cumulando petitorium, & probationem ultro ſuſcipit, ſed de reliquis effectibus poſſeſſionis lis manet, deque illis ſententia proferri poteſt. Sed & (3) Jure Canonico res extra omne dubium ponitur, per text. expr. in *c.* 5. *&* 6. *X. de cauſ. poſſ.* Ubi non tantum cumulari illa poſſe ſtatuitur, ſed & una ſententia terminari debere jubetur. Eamque ſententiam (4) uſu fori receptam eſſe, ait *Fach. L.* 8. *c.* 6. *Dn. Par. d. Diſp.* §. 31. *Laut. Comp. fol.* 592. *Vultej. L.* 1. *c.* 1.

De remediis RETINENDÆ, & an illa cum petitorio cumulari poſſint, major ſe oggerit difficultas. *Cynus* id affirmabat, *Bartolus* negabat. Poſterior ſententia communiter recepta eſt: *vid. d. Diſp.* §. 32. *Laut. Comp. p.* 592. & ratio quoque pro ea militare videtur; nam retinendæ interdictum datur ei, qui poſſidet, petitorium vero ei, qui non poſſidet: ſi ergo cumularet utrumque, actor aſſereret, ſe poſſidere, & ſe non poſſidere, eoque contradictorius foret libellus, *d.* §. 32. Idque diſerte probatur ex *l.* 1. §. 3. *Uti poſſ.* ubi hoc interdictum tantum datur, ſi non conſtat, quis petitor ſit, ſi ergo de eo conſtet, & actor cumulans petitorium pro petitore ſe gerat, fruſtra de poſſeſſorio agetur: quin dum hoc ipſo declarat, ſe poſſeſſionem non habere, renunciare videtur interdicto retinendæ. Sed & evidenter §. 4. *Inſt. de Interd.* aſſeritur, non poſſe petitoriam actionem inſtitui, ſi uterque poſſeſſorem ſe dicat, niſi ante exploratum fuerit, utrius poſſeſſio ſit, id vero exploratur interdicto uti poſſidetis: ergo non niſi hoc finito intentari petitoria actio, non ergo cumulari, poteſt. Idque adeo verum eſt, ut licet jam cœptum ſit petitorium, tamen retinendæ interdictum ei jungi non poſſit, ſed interim petitorium ſuſpenditur, *Dn. Par. d. Diſp.* §. 37. *& ſeq. ibique late Dd.* ubi addit hanc rationem: *ſi enim ne initio quidem & re integra hujusmodi cumulatio fieri nequeat, ſe contradictionem involvat, nedum coepta jam ſemel judicio petitorio.*

Equidem alternativam cumulationem fieri poſſe, ſunt, qui putant. *Dn. Par. d. Diſp.* §. 14. *&* 15. Verum hodie vix opus eſt cumulatione; moribus

ribus enim actor vel reus citra cumulationem pro colorando possessorio jura sua proferre, & tum officium judicis hoc modo implorare solent: weil ich nun nicht allein durch Zeugen meine Possession, sondern auch mein Jus possidendi und unverwerfliches Recht zur Genüge erwiesen, so bitte ich, mich bey meiner Possessione vel quasi kräftig zu schützen. Et jam ante dictum est, Judicem, si jura haec certa sint, de ipsa proprietate quoque sententiam ferre posse, *Mev. p.* 6. *Dec.* 100. *n.* 7.



LIB. XLIII. TIT. II.

QUORUM BONORUM.

Qv. I. *An interdictum quorum bonorum sit universale?*

Laut. pag. 592. verb. *& universale &c.*

AFFIRMATUR; quia eo agitur ad possessionem rerum haereditariarum consequendam: & licet de singulis rebus detur, tamen in iis non petitur possessio rei, sed juris haereditarii: idque ita traditur in *L.* 1. §. 1. *h.* ibi: *& ad universitatem, non ad res singulas pertinet.*

OBJ. *L.* 2. *h.* ubi tantum corporum possessores ex hoc interdicto tenentur, & *L.* 29. *de Furt.* ubi contra furem rei haereditariae interdicto quorum bonorum agitur.

RESP. Etiam petitio haereditatis datur pro re minima, *L.* 10. *pr. de Pet. haer.* & tamen est universalis; quia haeres non rem petit, sed jus haereditarium in re, & sic hic possessionem juris haereditarii.

Qv. II. *An idem interdictum utile detur haeredi ex testamento?*

Laut. pag. 592. verb. *& ex testamento &c.*

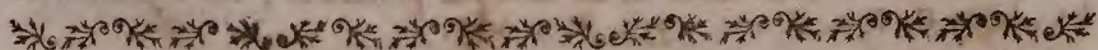
VIdetur negandum; quia ei prospectum est ex testamento, & per petitionem haereditatis: hoc vero interdictum tantum bonorum possessori est concessum. Sed verior est contraria sententia: quia remedia praetoria sunt faciliora & magis expedita: unde civilis haeres non debet deterioris esse conditionis.

Dissentit Mindanus *per L.* 2. *&* 3. *C. h.* ubi haeredes ab intestato saltem petunt bonorum possessionem, non ergo, si ex testamento haeredes sunt.

RESP. Argumenta a contrario in Codice non valent: nam Imperatores ibi saltem casus ipsis propositos decidunt, eoque non excludunt alios casus, ubi eadem aequitatis ratio, uti hic, subest.

Qv. III. *An utile hoc interdictum etiam detur ratione rerum corporalium?*

NEGATUR, propter *L.* 2. *h.* ubi tantum contra corporum possessores datur: contra mentem Prætoris autem utile interdictum non datur. Sane *Servitutes* ne quidem in hæreditatis petitionem veniunt, sed prædia directo, & tum servitutes illa actione: ita *Nomina* non possidentur, nec eorum possessio transferri potest ab uno in alterum, sed tantum, ibi quæritur, cujus actio sit, quod ad petitorium juris pertinet.



REMEDIUM L. FIN. C. DE EDICTO DIVI HADRIANI TOLLENDO.

Qv. I. *An remedium d. L. f. sit adipiscendae?*

AFFIRMATUR: *L. f. C. h.*

DISSETIT *Richt. Tract. de Testam. Differt. ult.*

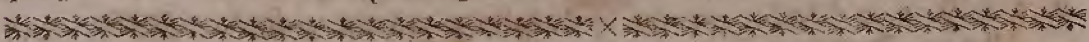
Qv. II. *An remedium d. L. f. etiam in codicillis obtineat?*

NEG. Nam (1) Lex tantum loquitur de testamentis, non de codicillis: (2) remedium hoc introductum est, ne diu jaceat hæreditas, hæc ratio cessat in codicillis; idque (3) ita in praxi receptum est. *Thesaur. dec.* 26. *n.* 10. *Mev. part.* 1. *Decis.* 197. *Carpp* 1. *Obs.* 155. *n.* 14.

DISSENT. *Brunn. C. h. n.* 21. *& Finckelth. O.* 121 Sed illi loquuntur de Jure Saxonico, ubi omne instrumentum publicum habet paratam executionem.

Qv. III. *Quisnam sit legitimus contradictor?*

RESP. Legitimus contradictor est (1) qui sine vitio occupavit, adeoque non vi, non clam, nec precario tenet, sed vacuam possessionem palam, aut ex titulo possidet; (2) qui in continenti jus suum legitime probare potest: sed & (3) etsi alias possideat, si vitiosa est possessio, alter, qui potior est interdicto, pro legitimo contradictore habetur.



LIB. XLIII. TIT. III.

QUOD LEGATORUM.

Qv. I. *An remedium* L. 7. C Unde vi. *hodieque obtineat?*

AFFIRMAT., & hodieque is, qui propria autoritate rem sibi legatam possessori eripit, dominium rei suæ perdit, *Brunn. ad L.* 13. *Quod. met. Hanc L.* 7. *Laut. pag.* 594. *verb. caus.*

cauſ.. n. 4. ubi a Jenenſibus ita pronunciatum ait; *item cent.* 2. *dec.* 3. *&* 78. *Mev P.* 1. *dec.* 95. *Wiſſenb.: ad l.* 155. §. 2. *de Reg. Jur.* ubi bis ita judicatum refert. Præjudicia Cameræ Imperialis extant apud *Gylm. Symph. P.* 35. *ad ann.* 1581. Sed & in *O. d. Cam. de ann.* 1521. *tit.* 32. §. 2. *R. I. Ratisb. de ann.* 1532. *tit.* 2. §. 15. *&c.* pœna illa ſtatuta apparet.

At quia pœnæ privatæ hodie ceſſant, ac fructus ſunt jurisdictionis vix eſt, ut dominium ita perditum adverſario cedat; ſed fiſco res eſt tribuenda, interim vero, & donec de eo ſententia proferatur, res ſequeſtrari debet, juxta *O. Cam. de ann.* 1555. *P.* 2. *t.* 21.

Dissent. *Carpz. P.* 4. *c.* 35. *def.* 5. Sed loquitur ille ſaltem de Saxonia. Conf. *Clud. rer. quot. c.* 8. *ſect.* 4. *n.* 66. *Finkelthaus. O.* 24. *Giph. ad l.* 4. *C. Fin. reg. Groenw. ad* §. 1. *Inſt. Vi bon. n.* 3. *Chriſt. Vol.* 2. *dec.* 184. *n.* 4. *& Vol.* 3. *dec.* 25. *n.* 10. Late in utramque partem autores allegat *Bökelm. de Act. c.* 2. §. 8.

Qu. II. *An interdictum hoc locum habeat in m. c. donatione, ſi donator rem ipſe praeſtiterit donatario?*

Laut. pag. 504. verb. *Hinc non &c.*

Neg. (1) per textum expreſſum in *l.* 1. §. 5. *h.* (2) Interdictum ſaltem de legatariis propoſitum eſt, non ergo de donatario mortis cauſa, *L. un. C. Ne quis in propr.* (3) Accedit ratio differentiæ; nam intereſt hæredis, ne legatarius propria autoritate occupet legatum, a quo detrahenda eſt falcidia: at in donatione mortis cauſa nihil ipſi eſt metuendum, utpote cum ipſi ſalva ſit falcidia ipſo jure & ſine interdicto, *d. l.* 1. §. 5. Sed & (4) ratio violentiæ hic ceſſat: quia ex traditione defuncti, non privata occupatione rem tenet, *d. l.* 1. §. 1. Nec (5) ab hærede hæc donatio præſtanda fuit, de quo ſolo caſu hoc interdictum loquitur, ſed ipſe defunctus præſtitit.

Obj. (1) Quod donatio mortis cauſa exæquata ſit legatis, §. 1. *I. de Donat. l.* 15. *ff. de Don. mort. cauſ.*

Resp. Non quoad formam, ſed ſaltem quoad effectum. *Vid. ſupr. L.* 39. *tit.* 6. *qu.* 4.

Obj. (2) Quod toties interdicto huic locus ſit, quoties falcidia debetur, *d. l.* 1. §. 5. at falcidia quoque in donatione mortis cauſa detrahitur.

Resp. Imo ex *d.* §. 5. apparet, non ſufficere, deberi falcidiam, ad id, & interdicto locus ſit, ſed talis cauſa eſſe debet, ubi periculum eſt falcidiæ; quale periculum eſt in legato, non vero in donatione mortis cauſa, ubi ipſo jure ſalva eſt quarta, *d.* §. 5.

Obj. (3) Intereſſe hæredis vel propter æs alienum, vel ratione temerariæ occupationis, *l.* 1. §. 2. *h.*

Resp.

Resp. (1) Licet interſit, non tamen ſequitur, dandum eſſe hoc interdictum. (2.) Hæredi non ſit injuria; utpote cum ipſo jure ſalva ipſi ſit falcidia, habeaturque pro non alienata. Neque (3) temerarie accipit, qui a defuncto accepit.

Obj. (4) *L. p. C. Ad Leg. falc.* ubi hæres poſt aditionem repetere poteſt id, quod donatum eſt ultra modum falcidiæ.

Resp. Per rei vindicationem, *d. l.* 1. §. 5. non vero per interdictum quorum bonorum.

Obj. (5) Quod rei vindicatio detur, ergo multo magis interdictum.

Resp. Conſequentia fallit, ſi jure interdictum proditum non ſit.

Obj. (6) *L.* 26. *pr. de Leg. falc.* ubi hæres repetit.

Resp. Loquitur de legato, non de donatione, & res caſu reperitur apud legatarium.

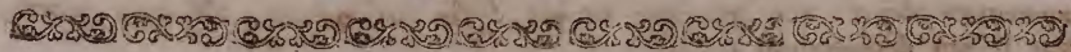
Secus ergo eſt, ſi donator non dedit, *d. l.* 1. §. 5. Moribus tamen etiam in priori caſu contrarium obtinere, ait *Schilt. ad π. Ex.* 47. §. 30. *Halm. ad Weſenb. h. n.* 6. *Faber. dec.* 44. *error.* 6. *per tot.* De quo tamen merito dubitamus.

Qu. III. *An perſona honorata cavere debeat de reſtituenda re, detracta Falcidia?*

Affirmatur, *l.* 1. §. 16. *ſeq. l.* 2. §. 1. *h.* *Laut. pag.* 594. *verb. caveat tamen &c.*

Obj. *L.* 13. *Quod met. cauſ. L.* 7. *C. Unde vi. L.* 5. *C. de Legat.* ubi qui occupavit, perdit dominium.

Resp. Hic caſus eſt, ubi hæres nondum poſſedit, ſed vacua fuit poſſeſſio.



LIB XLIII. TIT. V.

DE TABULIS EXHIBENDIS.

Qu. I. *An interdictum de tabulis exhibendis ſit ex delicto?*

Negatur: Sed (1) cauſa eſt æquitas exhibendi tabulas ei, cujus intereſt, cum ſine damno ſuo exhibere poſſit: quodſi non exhibet juſſus, incipit eſſe pœna, quæ ex contumacia eſt, *l.* 3. §. 13. *h.* at interdi- *Laut Pag.* 595. *verb. delictum &c.*

ctum ex æquo: Origo autem eſt inſpicienda, *L.* 4. *Si menſ. falſ. mod. dix.* Hinc (2) datur contra quemcunque poſſeſſorem, *l.* 3. §. 2. *ſeq. h.* ac (3) eſt perpetuum, *l.* 3. §. *p. h.* quod falſum eſſet, ſi eſſet ex delicto, *L.* 35. *de O. & A.* utpote cum prætoriæ ex delicto nunquam dentur in hæredes, *l.* 9. §. 1. *Quod falſ. tut. l.* 9. §. *ſ. de Reb. aut. Jud. poſſid.*

Obj. Quod detur actio in factum ex hoc interdicto, ſi vero eſſet rei perſecutoria, peteretur exhibitio extraordinaria perſecutione, ut in *l.* 1. §. 1. *h.* & *l.* 2. §. *ſ. Teſt. quem. ap.*

Resp. Imo omnia interdicta ſunt ex perſecutione extraordinaria.

Qv. II. *An actio in factum, quæ ad exhibendum competit, ſit perpetua?*

Laut. pag. 595. *vero. eſt perpetua.*

Affirm. *l.* 3. §. *p. h.* quia non eſt ex delicto. *Vid. qu. præced.*

Obj. *L.* 35. *de O. & A.* ubi actiones pœnales anno finiuntur; atqui hæc actio in factum eſt pœnalis.

Resp. Contrarium vidimus *qu. præced.*

LIB. XLIII. TIT. XVI.

DE VI ET VI ARMATA.

Qv. I. *Quaenam ſit ratio hujus interdicti?*

Laut. pag. 596 *verb. datur dejectis &c.*

Resp. Ratio interdicti hæc eſt, quod poſſeſſio omnis, etiam injuſtiſſima, defendatur contra turbantes: idque donec de jure conſtet, ne interim vel vacua ſit poſſeſſio, vel ad manus veniatur. Naturali quoque rationi id convenit; quia res interim, dum de jure conſtet, in ſuo ſtatu permanere debet: nec quæritur in his, quis jus habeat, ſed quis teneat, hoc ſolum decidendum eſt.

Qv. II. *An interdictum hoc ſaltem detur poſſeſſori dejecto?*

Affirmatur; *L.* 26. *l.* 3. §. 14. *h.* nam datur ad recuperandam poſſeſſionem.

Obst. (1) *l.* 3. §. 8. *h.* ubi is quoque, qui non auſus eſt ingredi poſſeſſionem, dejectus dicitur, ergo & ſi non poſſedit.

Resp. Dominus ibi in ſuam poſſeſſionem venire noluit, quam tenebat; habuit ergo poſſeſſionem & animo retinuit inde egreſſus, *l.* 1. §. 24. *h.* & ſic ut poſſeſſor ingredi voluit.

Obst.

Obst. (2) *L.* 12. *L.* 18. *pr. h.* ubi colonus pro dejecto habetur: colonus autem non possidet.

Resp. Ibi colonus vi dejecto domino possessionem occupavit, eoque factus est prædo ac possessor.

Obst. (3) *L.* 7. *C. Com. div.* ubicoloni possessio naturalis dicitur, nec tamen Colonus hoc edicto agit.

Resp. Improprie possidere dicitur. *Vid. supr. tit. Locat. qu.* 31.

Obst. (4) Datur etiam hæredibus, qui tamen non possedere.

Resp. Ipsis non proprio nomine hoc interdictum datur, sed illud, quod defuncto dejecto competiit.

Habetur autem pro possessore etiam is, qui absens fuit, & reversus suam possessionem occupatam invenit, *L. f. C. Unde vi.*

Qu. III. *An hoc interdictum etiam detur hæredibus dejectorum?*

Affirmatur, *L.* 1. §. 44. *h.* *Laut. pag. 596. verb. & hæredibus*

Obj. *L.* 1. §. 9. *&* 23. *h.* ubi non datur, nisi ei, qui tempore dejectionis possedit, hæres autem tum non possedit.

Resp. *Vid. qu. praeced. Obj.* 4.

Qu. IV. *An colono dejecto hoc remedium detur?*

Negatur: sed soli locatori, quippe qui possidet per colonum, nec dejectus videtur, nisi qui possidet. Idque verum, etsi dejectos ignoret colonos, *l.* 44. §. *f. de Acq. vel. amitt. possess. l.* 1. §. 22. *h.* quia custodiam omnem in colonos transtulit. Nec ipse per se, sed tantum per colonos uti potest, quibus proinde dejectis tum demum possessio ablata est. *Laut. pag. 596. verb. e gr. locator.*

Obj. *L.* 7. §. 11. *Comm. div.*

Resp. *vid. qu. praeced. Obj.* 3.

Obj. *L.* 12. *l.* 18. *pr. h.*

Resp. *vid. qu. praeced. Obj.* 2.

Qu. V. *An interdictum hoc detur contra patrem dejicientem?*

Negatur, sed actio in factum; non, quia famosum est, nam interdicta infamant, *L.* 13. *h.* sed, quia videtur pugnare cum reverentia, dejectionem violentam & atrocitatem facinoris allegare, *L.* 1. §. 43. *h.* *Laut. pag. 596. verb. contra parentes &c.*

Obj.

OBJ. *L.* 52. *§.* 6. *de Furt.* ubi pater furtum filio facere dicitur.

RESP. Facit furtum, sed in actione mentio furti omittitur, & in factum agitur, *L.* 5. *§.* 1. *de Obseq. par. & patron. praest.*

EXC. Si armata manu pater filium expulerit, *d. L.* 1. *§.* 43. Adeo enim atrox id facinus est, ut nulla reverentiae ratio habeatur, inprimis cum publice quoque hic intersit.

QU. VI. *An spoliatus ante restitutionem respondere teneatur, si per viam vel accusationis, vel inquisitionis crimen ipsi objicitur?*

Laut. pag. 597. verb. *spoliatus illico.*

RESP. Vulgatissima regula est, spoliatum ante omnia esse restituendum, *L.* 1. ibi: *sine ulla cunctatione restituant. C. Si per vim vel alio mod. L. Si quis &c. C. ad L. Jul. de vi publ. L.* 10. *C. de Donat. inter vir. & ux.* Idque adeo verum est, ut spolianti non teneatur spoliatus prius respondere de jure, *Cap. Super. fin. X. de Ord. cogn. Cap. in literis. X. de Restit. spol.* etsi sit causa criminalis, per text. expr. in *Cap. Item c.* 6. *X. de Restit. spol.* ubi additur ratio: quia exceptio criminis non operatur effectum privativum restitutionis, nec excludit actionem spoliati, immo spoliatrix praesumitur inimica spoliati, & censetur vexandi animo objecisse crimen. Conf. *Ziegl. ad II. Decr. tit.* 13. *c.* 6. *de Rest. spol Joh. Baptist. Vivian. in Rat. Jur. Pont. ad dict. tit.*

Atque hoc non tantum verum est, si per viam accusationis, sed etiam, si per viam inquisitionis agatur, *Menoch. Remed.* 1. *recup. n.* 324. *seq. Farinac. in Pr. Crim. qu.* 100. *n.* 100 *Gabr. Comm. L.* 5. *tit. de Rest. spol. Concl.* 1. *a n.* 37. *usque n.* 58. *Barbos. ad c.* 6. *X. de Rest. spol.*

Eadem enim hic est ratio; nam denunciatio itidem ab inimica & vexandi animo facta censetur. Accedit, quod defensio auferatur, dum ejus media tolluntur: adeoque spolium ante omnia decidi debet.

Atque ita in contradictorio judicatum in causa Eißfeld, contra Petersilgen, d. 24. Nov. 1707. quae sententia ab Altorfiensibus confirmata est d. 8. Jan. 1709.

OBJ. (1) Quod causa criminalis prius sit determinanda, quam Civilis, *L. f. C. de Ord. jud.*

RESP. (1) Fallit haec regula. *Vid. infr. tit. de pub. jud. q.* 4. (2) Exceptio est in spolio, *dd. LL.*

OBJ.

Obj. (2) *C.* 8. *&* 13. *X. de Rest. spol.* ubi maritus uxori, quæ a marito spoliatam se contendit, restitutionemque petit, opponit exceptionem consanguinitatis, & asseritur, hanc prius examinandam esse: adeoque criminis exceptio differt causam spolii.

Resp. (1) Quia consanguinitas est causa præjudicialis, quæ omnino ante omnia examinari debet. (2) Spoliata ibi Uxor improprie dicitur non ratione bonorum, sed ratione debiti conjugalis, quod a marito prætextu consanguinitatis denegatur. Adeoque regula, quod spoliata ante omnia restituenda sit, hic applicari nequit.

Obj. (3) quod & verba, & ratio *d. C.* 6. loquantur saltem de accusatione, non de inquisitione.

Resp. Imo eadem ratio est in inquisitione; nam cum denunciatio ejusmodi ex inimicitia orta sit, vix est, ut ei fides haberi debeat, sed vexandi animo facta videtur, *d. Cap.* 6. *X. de Restit. spol.* Accedit, quod media defensionis auferantur, si bonis carere, & tamen in judicio respondere suis sumtibus deberet, proinde, antequam restitutio facta sit, inquisitio decerni nequit.

Qu. VII. *Quaenam remedia, praeter hoc interdictum de vi armata, spoliatis competant? & an actio ex* Canone Redintegranda &c. *detur contra tertium bonae fidei possessorem?*

Resp. Varia Jure Civili & Canonico spoliatis competunt remedia, quæ summam in foro utilitatem habent. Nam (1) dejectus agit *interdicto de vi & vi armata*, ad recuperandam possessionem rerum immobilium, *L.* 1. *§.* 3. *L.* 6. *L.* 7. *C. de vi & vi arm. C.* 5. *de Rest. spol.* ita, ut illico sit restituendus, *d. L.* 6. *pen. ff. eod.* vid. *Laut. tit. de Vi & vi arm.* nisi ipse adversarium suum anter ex intervallo dejecerit, *L.* 17. *ff. eod.* *Laut. pag.* 597. *verb. similia.*

(2) Si, domino absente, fundum ejus vacuamque possessionem quis sine vi ingreditur, & dominus, reversus accedere non audet, amittit possessionem, *L.* 6. *§.* 1. *de Acqu. vel amitt. poss. Conf. Dn. Par. Disp. de Jure ejus, quod fact. Sect.* 5. *§.* 5. *& sq.* at remedium recuperandæ non dabatur, nec actio quod vi, quia nulla vis vel dejectio præcessit. Attamen Jure Codicis ei tanquam dejecto datur remedium, ut ante omnia restituatur, ex *L. f. C. Unde vi.*

(3) Si vacua possessio absentis non sit, sed v. gr. locata, tunc Jure Codicis hi coloni vi dejecti etiam sine mandato agere possunt, ut Judex eos momentariæ possessioni restituat, *L.* 1. *C. Si per vim.*

(4) Si vero hi coloni, aliique, quorum corpore abſens dominus poſſidebat, deſeruerint poſſeſſionem, aliusque eam ſine vi occupet, vel ex perfidia coloni tertio alicui tradatur fundi poſſeſſio, hic jure Digeſtorum pro prædone non habebatur, *L.* 3. *§. f. h.* quia occupabat poſſeſſionem vacuam, *Diſp. Dn. Parent. de Jure ejus*, *quod fact. §.* 4. 8. 9. 10. 12. *&* 13. at Jure Codicis poſſeſſio vitioſa eſt, & inſtar ſpolii, unde dominus tanquam ſpoliatus reſtitui debet, ex *L. f. C. de Acqu. vel retin. poſſ. Dn. Par. d. Diſp. S.*4. *§.* 8. *& ſeq.*

(5) Si quis rem ſuam penes alium exiſtentem vi auferat, licet ille prædo ſit, non tantum ei illico reſtituere debet, ſed & jure ſuo privatur, *L.* 7. *C. Unde vi. L.* 13. *ff. Quod met. cauſ.*

(6) Hoc privilegium, quod ſpoliatus ante omnia ſit reſtituendus, Jure Canonico extenſum eſſe, ajunt, ad omnes cauſas, & res etiam mobiles, & ad tertios bonæ fidei poſſeſſores, in *Can. Redintegranda*, 3. *c.* 3. *qu.* 1. *Vid. Gail. L.* 2. *O.* 75. *Berl. P.* 1. *concl.* 21. Verum nihil novi hic conſtitutum eſſe, ex inſpectione apparet: Regula ibi in genere proponitur, *ſpoliatum reſtituendum eſſe*, quæ æque generaliter in Jure Civili refertur, neque tamen ratione rerum mobilium, nedum contra tertium bonæ fidei poſſeſſorem eo Jure datur.

Denique, & (7) tantum contra dejicientes interdictum Jure Civili datum eſt, *Laut. tit. de vi armata.* At Jure Canonico extenſum illud eſt ad tertios malæ fidei poſſeſſores, in *Cap. Saepe* 18. *X. de Reſtit. ſpol.* ut ſcil. ſpoliatus contra hos quoque ante omnia reſtituatur

Atque ex jam dictis facilis erit deciſio difficillimæ alias quæſtionis: an actio ex *Can. Redintegranda &c.* detur contra tertios poſſeſſores, qui bona fide a ſpoliante rem tenent? Et an contra hos quoque illico reſtituatur ſpoliatus? Quod negatur, (1) quia tertii poſſeſſores non ſpoliarunt, non deliquerunt, adeoque actione ex delicto, quæ perſonalis, conveniri non poſſunt, pœna enim ſuos tenet autores. Sed & (2) nec ex verbis dicti Canonis id ſequitur, utpote ubi in genere ſaltem dicitur, omnia ſpoliatis redintegranda eſſe, quæ regula intelligenda eſt juxta rationem Juris Civilis, ut redintegratio illa fiat a ſpoliante, non a tertio bonæ fidei poſſeſſore, qui non ſpoliavit, indeque nihil redintegrare poteſt. Accedit (3) quod ideo hic Canon ad bonæ fidei poſſeſſorem extendi non poſſit, quia nec de malæ fidei poſſeſſore id ſtatuit, ſed ſaltem de ipſo ſpoliante. Tantum enim abeſt, ut vi hujus *Canonis Redintegrandae* ſpoliatus contra tertium malæ fidei poſſeſſorem reſtituatur, ut hoc 50. demum annis poſt illum Canonem noviter

noviter introductum, & tanquam ſingulare beneficium ſpoliato tributum ſit in *Cap. Saepe X. de Reſt. ſpol.* quod abſurdum fuiſſet, ſi ſpoliato id jus contra tertium malæ fidei poſſeſſorem jam ante ex *Can. Redintegranda* competiiſſet. Apparet ergo, contra bonæ fidei poſſeſſorem agi ex neutro capite poſſe, nec ex *Can. Redintegranda*, nec ex *Cap. Saepe.* quin nec malæ fidei poſſeſſorem ex *Can. Redintegranda*, conveniri poſſe, ſed id demum *d. Cap. Saepe*, conſtitutum eſſe.

Atque id quoque tradunt *Gail. L.* 2. *O.* 75. *n.* 11. *Fabric. in repet. ad Gail. d. l. Sect.* 2. *Menoch. Rem. recup.* 15. *n.* 89. *Ruin. L.* 4. *Conſ.* 49. *num.* 11. illamque ſententiam praxi obtinere ait Mod. Piſt. *Vol.* 1. *conſ.* 57. *n.* 6.

Et in hanc ſententiam in contradictorio itum eſt in Curia Halberſtadienſi in cauſa Meindorf, contra Broitzen, d. 1. Octobr. 1705. quæ ſententia confirmata fuit d. 3. Maji, 1708. Equidem in cauſa des Stifts Quedlinburg, contra Heſſen-Homburg, etiam tertius poſſeſſor condemnatus fuit, & hic annuos reditus ex mora anteceſſorum non ſolutus tanquam poſſeſſor rei reſtituere coactus fuit, idque per tres conformes ſententias, d. 30. Maji. 1695. d. 4. Febr. 1697. d. 10. Jan. 1698. at meo judicio ſumma injuria: nam licet ex ſua mora rite condemnatus ſit, non tamen video, qui ex mora anteceſſorum conveniri, & eatenus pro ſpoliatore haberi, vel actio ex *Canone Redintegranda* admitti potuerit. Bene huc quadrat effatum illud Imperatoris, non exemplis, ſed Legibus judicandum eſſe; ſed & in concurſu præjudiciorum tutius inſiſtitur rationi Juris.

LIB. XLIII. TIT. XVII.

UTI POSSIDETIS.

Qu. I. *An hoc interdictum detur poſſeſſori ipſius rei?*

Affirmatur: nam prohibet Prætor, quo minus aliquis tuto poſſeſſione uti queat, adeoque datur ad poſſeſſionem retinendam, defendendam & conſervandam, *l.* 1. §. 1. *&* 4. *h.* *Laut. pag* 597. *verb. immobilium poſſeſſori.*

Obj. § 6. *Inſt. de Act.* ubi pro poſſeſſore rei corporalis nulla actio introducta eſſe dicitur; nam tutus videtur ſua poſſeſſione.

Resp. Expreſſe ibi additur: *niſi uno caſu:* caſus ille unus autem eſt hoc ipſum interdictum uti poſſidetis.

RESP. Expresse ibi additur: *nisi uno casu*: casus ille unus autem est hoc ipsum interdictum uti possidetis.

Dissentit Laut. pag. 597. verb. reale &c.

Qv. II. *An hoc interdictum sit reale?*

NEGATUR, sed est personale; quia oritur ex vi turbativa, adeoque ex delicto.

DISSENTIT *Lauterb. h. & Bach. V. 2. Disp. 25. th. 1. lit. b. c.* & putant turbationem hic non considerari, ut delictum, quia alter negat, se turbare, sed ut assertionem possessionis.

RESP. An actio ex delicto sit, dependet ex intentione actoris, non ex negatione rei; quia alias paucissimæ actiones ex delicto darentur.

Laut. pag. 597. verb. non etiam dejecto &c.

Qv. III. *An dejecto de possessione detur utile interdictum uti possidetis?*

NEGATUR, quia ei datur interdictum de vi. Sed & hoc interdictum est retinendæ possessionis, *l.* 1. §. 1. & §. 4. *h.* dejectus vero non agit ad retinendam, sed recuperandam possessionem, *l.* 6. §. 1. *L.* 7. *L.* 15. *de Acqu. vel amitt. poss.*

OBJ. (1) *L.* 17. *de Acqu. vel amitt. poss.* ubi rem habere videtur, qui actionem habet, adeoque etiam dejectus videtur possidere.

RESP. Æstimatione Juris id verum est, & ratione facultatum in genere; quia in bonis aes illa esse videtur: non tamen vere res illa possidetur, hinc additur in *d. l.* 17. vox: *instar:* nam quod dejectus desinat possidere, traditur in *l.* 3. §. 8. *de Acq. vel amitt. poss.*

OBJ. (2) *L.* 3. §. 8. *de Acquir. vel amitt. poss.* ubi qui non audet accedere, amittit possessionem, & ex hoc interdicto agit.

RESP. Imo agit unde vi; quia vere dejectus est, & propter metum violentiæ privatur sua possessione.

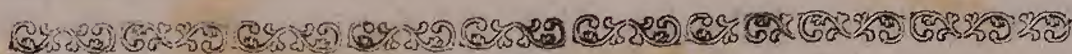
OBJ. (3) *L.* 22. *de Acqu. vel amitt. poss.* ubi non videtur nactus possessionem, qui statim restituere tenetur: cum ergo spoliator in continenti debeat restituere, nec ille nactus videtur possessionem.

RESP. Non videtur nactus possessionem perpetuo, at omnino nactus est temporariam possessionem, quam alter recuperare, non remediis retinendæ, sed recuperandæ, debet.

OBJ. (4) *L.* 3. *pr. h.* uterque defenditur, etsi alter vi fecerit, adeoque etiam dejectus possidere dicitur.

RESP.

Resp. Agit de vi turbata, non de vi dejecto: nam, cum ibi uterque dicatur possidere, non id poterit intelligi de dejecto, utpote qui desinit possidere.



LIB. XLIII. TIT. XVIII.

DE SUPERFICIEBUS.

Qu. I. *An superficies sit servitus?*

Laut. pag. 598. verb. Non est &c.

Resp. Est servitus respectu domini directi; hactenus enim est in re aliena, & dominus servit; & ita diserte dicitur in *L. obst.* 86. §. *f. de leg.* 1. At ratione domini utilis non est servitus, ille enim utitur illa superficie tanquam re propria, unde actio quoque in rem datur, *l.* 1. §. 1. 3. 4. 6. *h.* nemini autem res propria servire potest. Sane servitus *personalis* non est, quia tantum quatuor sunt servitutes personales; nec *realis*, quia hæc sine prædiis non constituitur, §. 3. *I. de Servit.* Unde non confessoria hic datur, sed quædam vindicatio.

Qu. II. *Quaenam sit causa & ratio hujus interdicti?*

Resp. Speciale interdictum uti possidetis de quatuor juribus, *Superficie, itinere, aquaeductu & aquae haustu* datum est, *arg. l.* 1. §. 2. *h.* De superficie ideo, quia hæc Jure Civili nihil aliud erat, quam conductio, vel emtio usus, indeque vel plane non, vel solum usum, non rem, possidebat, *l.* 1. §. 1. *h. l.* 3. §. 7. *in fin. uti poss.* Atque Prætor, si alicui in perpetuum, aut causa cognita ad longum tempus superficies locata aut vendita esset, constituit jus aliquod in re, eoque nomine interdictum retinendæ dedit, *l.* 1. §. 2. *h.* & actionem in rem, *l.* 1. §. 3. omniaque obtinent, uti in præcedenti titulo.

Qu. III. *An superficiarius possideat?*

Laut pag. 599. verb. eamque possidet.

Affirm. Nam (1) tenet jus in re aliena, quod dicitur dominium utile, quæ possessio dicitur naturalis. (2) Omnia hic juris sunt quæ in interdicto uti possidetis, *l.* 1. §. 2. *h.* at ille, qui eo interdicto uti vult, possidere debet, *l.* 3. §. 8. *Uti poss.* (3) Idque probatur ex *l.* 1. §. 5. *de Vi & vi arm.* ubi superficiarius dejectus agit de vi armata, at hoc interdictum non datur, nisi ei, qui possidet saltem naturaliter, *l.* 1. §. 9. *de Vi & vi arm.*

Obj. (1) *l.* 3. §. 7. ibi: *secundum legem conductionis: Uti possid.* conductor autem non possidet.

Resp. Jure Civili erat conductio, sed prætorio Jure factum est jus in re.

Obj. (2) *l.* 15. §. 12. *de Damn. inf.* ibi: *quam* (ſuperficiem) *quis poſſidere non poſſit.*

Resp. Ibi non de hoc jure agitur, ſed ſuperiore ædium parte, ſi quis in partem, non in totam ſuperficiem ædium mittatur; tunc enim non poteſt poſſidere alteram.

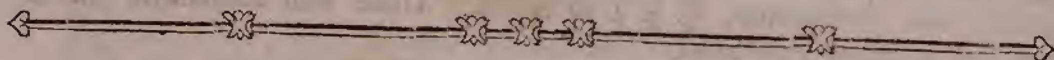
Qv. IV. *An finiatur ſuperficies ceſſatione ſolvendae penſionis?*

Laut. pag. 600. verb. *non etiam &c.*

Negatur: Id enim in emphyteuſi & locatione tantum ſuo modo obtinet pœnæ vero ſunt ſtricti juris.

Obj. *L.* 3. *C. de Locat. l.* 54. §. 1. *Locat. L.* 2. *C. de Jur. emph.*

Resp. Loquuntur de locatione & emphyteuſi, ubi id in ſpecie eſt conſtitutum.



LIB. XLIII. TIT. XIX.

DE

ITINERE ACTUQUE PRIVATO.

Qv. I. *Quaenam ſit ratio hujus tituli?*

Resp. In itinere & actu ſpeciali interdicto uti poſſidetis opus fuit: quia in iis ſingularis ratio poſſeſſionis eſt. Nam (1) non ſufficit quodlibet *iter*; nec enim ſtatim poſſidet *iter*, qui it per fundum, quia id varie, & jure familiaritatis quoque fieri ſolet, *l.* 41. *de Acqu. vel amitt. poſſ.* Et ſic pecus quoque *agit* per alterius fundi viam; poſſeſſio ergo demum eſt, quando animus eſt eundi vel agendi jure ſervitutis, de quo, quia non conſtat, ſpecialiter hoc titulo conſtitutum eſt, ut poſſidere *iter* videatur, qui hoc anno 30. diebus itinere uſus eſt. Idemque eſt in *actu*, *l.* 1. §. 2. *h.* Sed & duo hic junguntur interdicta: (1) de uſu, (2) de jure reficiendi ejus, qui jus ſervitutis docet, *l.* 3. §. 13. *h.* cui cohæret quæſtio proprietatis.

Qv. II. *An haec interdicta ſint realia?*

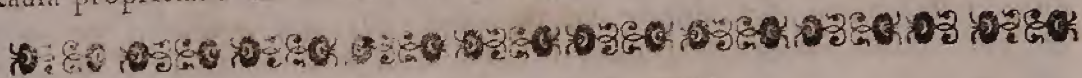
Diſſent. Laut. pag. 600. verb. *actio realis. Item pag.* 601. verb. *actio realis.*

Male Lauterbach. h. interdicta de itinere actuque vocat *actiones reales*: nam neque actiones ſunt, ſed interdicta, neque reales ſunt, ſed perſonales; unde & tantum contra turbantes dantur.

Obst. Quod cauſa proprietatis dicatur contineri.

Resp.

Resp. Non ſemper continetur, ſed tantum in caſu reficiendi, & tunc cauſa proprietatis ex continentia cauſæ per interdictum dicitur.



LIB. XLIII. TIT. XIX.

DE

AQUA COTIDIANA ET ÆSTIVA.

Qu. I. *Quaenam ſit ratio hujus tituli?*

Resp. Eſt hoc iterum interdictum uti poſſidetis, uti ſpecialis poſſeſſionis ratio eſt, quia dubium erat, quænam aqua ſit æſtiva, quænam cotidiana, hoc deciditur in præſenti titulo.

Qu. II. *An ei, qui hac aeſtate uſus eſt, aut etiam hyeme, utile hoc interdictum detur?*

Negatur: quia nondum poteſt diſcerni, an ſit æſtiva, i. e. quæ tantum æſtate ducitur; ad hoc enim requiritur, ut hyeme intermiſſa ſit: ſed erit interdictum de aqua quotidiana, idque directum. Sane ad conſuetudinem requiruntur ad minimum duo actus, & maxime cum ſerviens excipit, hyeme non ſolere duci: neceſſario ergo tota hyems intermedia eſſe debet. *Vid. L.* 1. §. 35. *&* 36. *h.*

Laut. pag. 602. verb. *ſi quis hac.*



LIB. XLIII. TIT. XXIV.

QUOD VI AUT CLAM.

Qu. *Quando quis videatur vi aut clam facere?*

Respondet Dn. Par. *in Diſp. de Praeſcr. extraordinaria &c.* §. 28. his verbis:

Vi igitur uti vel facere quis dicitur, non tantum cum domino prohibente facit, ſed & cum contradicere volentem ipſe deterruerit doloſe, *L.* 7. *l.* 25. *in fin. ff. de Acqu. vel amitt. poſſ. L.* 1. §. *fin. L.* 2. *ff. Quod vi aut clam.* Nec intereſt verbis, an facto, v. gr. lapilli jactu, per ſe, an per alium prohibuerit, *d. L.* 1. §. 6. *& ſeqq.* modo ipſius utentis dolo fiat, *arg. d. L.* 1. §. *fin.*

Clam uti vel agere dicitur, non modo qui clam omnibus, ſed & qui in omnium conſpectu publice agit vel utitur, ſed celato tamen eo, cujus con-

controverſiam vel metuit, vel metuere debuit, adeoque cujuscunque intereſt, *l.* 3. §. *pen.* & *ult. l.* 4. *ff. eod.* uti clam poſſidere dicitur, qui publice ingreditur poſſeſſionem, ſed abſente vel ignorante eo, qui poſſidet, vel cujus contradictionem timuit, aut timere debuit, *l.* 6. *princ.* & §. 1. *ff. de Acqu. vel am. poſſ.*

Reliqui autem, ad quos res non pertinent, ſciant, an ignorent, nihil intereſt, cum negotium cum iis nullum ſit; ſed de ejus ſolius patientia & ſcientia quæratur, de cujus re agitur, ſeu cujus intereſſe, vel controverſia ſaltem metuenda eſſe videri poterat. Ita clandeſtinæ nuptiæ dicuntur, ſi pater ignoret, etſi in conſpectu orbis fierent, quia de patris tantum ſcientia & conſenſu agitur. Ut adeo clam fieri in jure dicatur reſpectu ejus, quem quis non debuit celare; pro ſubjecta ſcil. materia, ut loquuntur; in Jure enim inſpicitur, quid debeat eſſe vel fieri.

Quin & ille clam facere dicitur, qui adverſario, quid acturus ſit, denunciat, ſed tum, cum is contradicere non poteſt; aut cum non facit eo tempore, quo denunciavit; aut obſcure ac ſubdole denunciat, aut alias dolo facit, ne prohibeatur, *L.* 5. *princ.* §. 1. *cum ſeqq. ff. Quod vi aut clam. L.* 4. *princ. ff. Pro ſuo.* Hoc enim perpetuo agitur in Jure, ne domino, vel ulli alii, cujus intereſſe poterat, facultas contradicendi jurisque ſui tuendi facto alterius impediatur.

****

LIB. XLIII. TIT. XXVI.

DE PRECARIO.

Qv. I. *Quisnam uti dicatur precario?*

RESPONDET Dn. Par. *in Diſp. de Praeſcr. extraord.* §. 32. *ſeqq.*

Precario ille utitur, qui non ex ullo contractu & pacto, ſed tantum ad preces ſuas ex ſola indulgentia ejus, qui rogatus eſt, re conceſſa utitur, *L.* 1. *princ. L.* 2. §. *fin. ff. de Precar.* Precarium igitur nullo modo eſt commodatum, quin nec pactum, aut ulla contracti negotii ſpecies, *L.* 14. *ff. eod.* quia non conſiſtit duorum conſenſu, ſed nudis alterius precibus; neque fit, cum partes conſentiunt, & conſenſu negotium ineunt, ſed cum alter, ut tenere ſibi rem liceat, rogat, alter annuit, *d. L.* 1. *princ. d. L.* 2. §. *fin.*

Plurimum autem intereſt, pluresne conſentiant in eandem rem, adeoque conſenſu negotium contrahant, an alter tantum roget, & nudis precibus agat; etſi

etsi & tunc aliquis consensus videatur. Nam qui rogat, non habet animum alterius obligandi, sed e contrario ejus arbitrio & liberalitati rem totam relinquendi: quod patet antiquo fideicommissorum, quæ verbis precariis fiebant, exemplo, antequam lege specialiter vis obligandi iis tribueretur: ratio enim, cur fideicommissarius non fuerit obligatus ad rem præstandam, erat, quia rogatus tantum fuerat, non jussus: quem autem quis rogat, ejus obligandi & cogendi animum non habet; & alter ex eo saltem, quod precibus annuit, non creditur se obligari voluisse: qui animus obligandi tamen semper apparere debet, *L.* 3. §. 1. *ff. de Obl. & act.* Atque id traditur *in* §. 1. *Inst. de Fideicomm. haered.* in verbis: *quia nemo invitus cogebatur praestare id, de quo rogatus erat.* Et mox: *quin nullo juris vinculo, sed tantum pudore eorum, qui rogabantur, continebantur.* Accedit, quod omne jus ex dispositione oriatur; qua scil. legem quis negotio dicit, *l.* 120. *ff. de Verb. sign. L.* 20. §. 1. *ff. de Pact. dot. L.* 7. §. 5. *ff. de Pact.* verba autem precaria non sunt verba dispositiva, §. *pen. vers. Directa. Inst. de Sign. rerb. per fid. rel.* Varia scilicet verborum & loquendi ratio est. Alia enim verba sunt, quibus, narramus, asserimus, rogamus, monemus, laudamus, jocamur; alia, quibus volumus ac jubemus: hæc sola sunt dispositiva, ex quibus jus oritur, nisi ex aliis quoque speciali lege jus constitutum fuerit. Unde &, si roganti seu precanti quis annuerit, nullum negotium contrahitur, nec obligatio inde nascitur, *d. L.* 24.

Neque Obstat, quod commodatum quoque sit species liberalitatis & beneficium, quod nemini obtruditur, sed roganti & petenti datur, *l.* 17. §. 3. *ff. Commod.* §. 2. *in fin. Inst. Quib. mod. re contr. obl. L.* 69. *ff. de Reg. Jur.* Nam in commodato est animus transferendi juris, scil. usus in alterum, & eo ipso sui obligandi ad usum præstandum; adeoque συνάλλαγμα quoddam, quod est unica obligationum causa, *l.* 7. §. 2. *ff. de Pact. Conf. Disput. de Jur. circa act. imperf. Sect.* 2. Idque ex nomine *commodati* constat, quo jure gentium significatur negotium, quo usus & commodum rei in alium transfertur, *l.* 1. §. *fin. ff. de Precar.* Unde infertur animus obligandi. Vid. *d. Disp. Sect.* 2. §. 22.

Eadem ratione nec illud obstat, quod ita nec ex donatione videatur oriri obligatio, quæ & ipsa est mera liberalitas, *L.* 29. *princ. ff. de Donat.* & ad nudas preces alterius fieri potest vel solet. Nam ex donatione proprie non nascitur obligatio, sed ex pacto de donando; idque ideo, quia speciali lege id confirmatum est ad producendam actionem, *l.* 35. §. *fin. ff. de donat.* §. 2. *Inst. eod.* Donatio autem est modus transferendi dominii, quo voluntate domini res ipsa in alterum transfertur; id quod rationi & naturæ maxime convenit, §. 40. *Inst. de Rer. Div.* Translato autem dominio certum

tum eſt, donantem, a quo omne jus abiit, nihil repetere poſſe, aut donationem revocare rei, quæ jam aliena facta eſt, *l.* 1. §. *pen. ff. de Precar.*

Hæc omnia itaque ex cauſa tradendi apparent: cauſa enim eſt, quæ animum juris transferendi & ſui obligandi exprimit, *L.* 31. *princ. ff. de Adq. rer. dom.* Et hinc tam accurata in jure cauſarum tractatio, quæ jure gentium diſtinctæ, & nomine pleræque ſuo definitæ: aliæ legibus conſtitutæ, ut uſucapio: aliæ ipſa natura ſua patent, uti ſolutio rei debitæ &c. de quibus hic tractandi locus non eſt.

Quidſi igitur re ad alterius preces ipſi tradita cauſa tradendi expreſſa non ſit, neque appareat, num pro donatione, aut commodato, an pro precario habendum?

Resp. In dubio precarium videri, non commodatum; quia juris translatio facti eſt, & probanda ab eo, qui jus aliquod ſibi aſſerit, *per vulg.* nec obligatio præſumitur, ſed magis liberatio, *L.* 47. *ff. de Obl. & act. c.* 3. *X. de Probat.* Multo minus itaque donatio in dubio præſumenda erit, *L.* 25. *princ. ff. de Probat. L.* 16. *C. eod.* Ergo in ambiguo ſi negotium eſt, dicemus, eſſe precarium.

Hinc igitur ex precario nihil juris, ſed ſola poſſeſſio in accipientem tranſit, *L.* 2. §. *fin. L.* 15. §. *pen. ff. de precar.* Unde etiam eſt, quod non actio pro precario, ſed interdictum a Prætore datum ſit, *L.* 2. §. 1. *& tot. tit. de Precar.* quia ſola poſſeſſio repetitur, quæ proinde ſola translata eſt. Eſt autem ea poſſeſſio corporalis, qua accipiens corpore quidem poſſidet, ſed alii, non ſibi, *d. L.* 15. §. 4. *L.* 6 §. 2. *ff. eod.* & ſic indiſtincte magis in poſſeſſione eſſe dicetur, quam poſſidere, *arg. L.* 10. §. 1. *de Adq. vel am. poſſ.* Nec admittimus diſtinctionem commentitiam Dn. Lauterb *ad tit. ff. de Precar. p.* 604. qui putat, *poſſidere precario accipientem, ſi ſpecialiter rogata ſit poſſeſſio naturalis*; quod nec ratione, nec lege nititur, & naturæ precarii repugnat.

Hinc denique patet, quod precarium pro lubitu ſingulis momentis revocari a domino poſſit, & cur poſſit, *l.* 1. §. 2. *l.* 2. §. 2. *ff. de Prec.* ſcil. quia accipiens nihil in eo juris habet, quo repetentem dominum repellere poſſit, ſed ſolam poſſeſſionem, quæ facti eſt, & dominio omnique juri cedit: quin, quia ne obligatio quidem inde oritur contra dominum precibus ſaltem annuentem. Unde poteſt ille repetere rem precario conceſſam, adeo ut nec pactum valeat in contrarium, *l.* 12. *princ. ff. eod.* quia pacta ſequuntur naturam negotiorum, quibus accedunt, exemplo depoſiti, *l.* 1. §. 45. & 46. *ff. Depoſ.*

Nec

Nec movet, quod ex precario quoque actio præſcriptis verbis detur, *in L. 2. §. 2. ff. de Precar.* adeoque illud incidat in ſpeciem contractus innominati. Nam certum eſt, ad nullam ſpeciem contractus innominati referri poſſe precarium; & proinde per actionem præſcriptis verbis *in d. §. 2.* nihil aliud intelligi, quam actionem in factum, quæ ex quacunque æquitate datur, & qua ex omni interdicto agi poteſt, quia id mitius eſt, *arg. l. 10. princ. ff. Quae in fraud. cred. arg. §. fin. Inſt. de Interdict.* Quod & inde apparet, quia dari dicitur ex bona fide *in d. §. 2.* id eſt, ex æquo & bono, uti ſolent actiones in factum, *l. 11. §. fin. de Dol. mal.* Atque ita paſſim actiones in factum quoque dici præſcriptis verbis conſtat, ut *in l. 13.* ibi: *in factum putat Julianus actionem dandam, id eſt, praeſcriptis verbis. l. 22. in fin.* ibi: *in factum dandum eſſe judicium, id eſt, praeſcriptis verbis. l. 24. in fin.* ibi: *tutius eſſe, praeſcriptis verbis in factum actionem dari. ff. de Praeſcr. verb. & in fact. act. arg. l. 1. princ. & §. 1. junct. l. 2. ff. eod.* ubi promiſcue accipiuntur.

Qu. III. *An precarium ſit contractus?*

NEG. (1) quia non contrahitur negotium, nec commodati, nec pacti, cum animus non ſit juris transferendi; ille enim, qui annuit alterius precibus, non habet animum ſe obligandi. Unde (2) quandocunque repeti poteſt, *l. 1. §. 2. & 3. l. 2. §. 2. h.* Nec (3) actio civilis datur contra eum, qui precario dedit. *l. 14. h. l. 14. §. 11. de Furt.* ibi: *quia magis ad donationem & beneficii cauſam pertinet, quam ad negotii contracti.* Sed & (4) actiones ex contractu defuncti contra hæredes dantur, licet delictum quoque verſetur, *L. 12. L. 49. de O. & A.* hæres ejus, qui precario tenet, non obligatur ex dolo defuncti, niſi quatenus pervenit, *l. 8. §. f. h.*

Obst. (1) *L. 23. Reg. Jur.* ubi precarium refertur inter contractus.

Resp. Imitatur naturam contractuum quoad præſtationem, quia conſenſus eſt, indeque id mutuatur ex jure, uti alia poſſeſſoria. Hinc dolum præſtat is, qui precario accepit, uti depoſitarius.

Obst. (2) *l. 2. §. 2. l. 19. §. f. h.* ubi actio præſcriptis verbis ex precario datur.

Resp. (1) *in quaeſt. praeced. in fin.* (2) Actio præſcriptis verbis non oritur ex conceſſione poſſeſſionis, ſed ex eo, quod ſimul id agitur, ut accipiens petenti reſtituat, *dd. Ll. & L. 5. Praeſcr. verb. arg. l. 35. §. 3. de Mort. cauſ. don.*

Obst. (3) *l. 1. §. 3. h.* ubi commodato comparatur.

Resp. Non ratione formæ, ſed quoad uſum, & quod etiam gratis fiat. Alias omnino differunt; commodatum enim definit demum finito uſu, pre-

precarium ſemper; ibi culpa levis præſtatur, hic lata, *Vid. Goth. ad Rubr. ff. de prec. & l.* 15. §. 1.

Qv. IV. *An valeat pactum, ne precarium pro lubitu revocetur?*

NEG, quia contrariatur eſſentiæ negotii, quo nullum jus transfertur, *L.* 12. *h.* ibi: *nulla vis eſt hujus conventionis, ut rem alienam domino invito poſſidere liceat.* Idque in aliis quoque negotiis obtinet. Ita enim non valet conventio, ne pignus diſtrahatur, *L.* 4. *de Pign. act. L.* 4. *L.* 19. *C. de Diſtract. pign.* uti nec conventio, ne depoſitum quandocunque repeti poſſit, *l.* 7. §. 1. *Depoſ.*

Obst. *l.* 4. §. *f. L.* 5. *h.* ubi prorogari ad certum tempus poteſt. Resp. Poteſt, ſi velit, ſed non tenetur ſtare, ſi nolit.

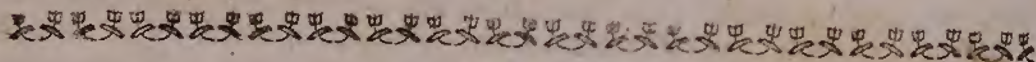
Qv. V. *An precarium finiatur morte concedentis?*

Laut. pag. 605. *verb. Morte accipientis.*

NEGATUR, *l.* 12. §. 1. *h.*

Obst. *L.* 4. *Locat.* ubi precarii rogatio ita facta, *quoad is, qui eam dediſſet, vellet,* morte ejus, qui dedit, tolli dicitur.

Resp. Tollitur propter clauſulam, quia tunc amplius velle non poteſt, & ſic injuria rem alienam tenet, eaque utitur.

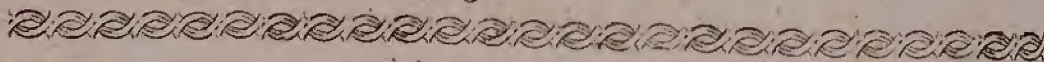


LIB. XLIII. TIT. XXIX.

DE HOMINE LIBERO EXHIBENDO &c.

Qv. *An ei, qui interdicto exhibitorio agere poteſt, detur actio ad exhibendum?*

Vid. *ſupr. tit. Ad exhib. qu.* 3.



LIB. XLIII. TIT XXXIII.

DE SALVIANO INTERDICTO.

Qv. *An hoc interdictum detur contra tertium poſſeſſorem?*

NEG. Sed tantum contra oppignorantem; quia uterque contendit de poſſeſſione, in pari autem cauſa melior eſt conditio poſſidentis. *Conf. L.* 1. *C. de Precar.*

Obst.

Obst. *l.* 1. §. 1. *h.* ibi: *Singuli adverſus extraneum.*

Resp. Extraneus ibi dicitur omnis extra duos illos creditores: ad exemplum Servianæ vero quaſi Salvianum interdictum eſt introductum, *d. l.* 1. §. 1.

Diſſentit *Fachin. L.* 8. *qu.* 92.

LIB. XLIV. TIT. I.

DE

EXCEPTIONIBUS, PRÆSCRIPTIONIBUS, ET PRÆJUDICIIS.

Qv. I. *Quaenam ratio ſit introductarum exceptionum?*

Resp. Exceptiones non ſunt a natura; ſed origo earum eſt ex ſtricto jure Legum XII. Tabb. quod ſæpius pugnabat cum jure naturæ. *Legislatores* ſtrictum hoc jus tollere, etſi potuiſſent, noluere, ne turbaretur juris ratio & connexio, ſed ſalva ea dedere exceptiones: quod in SCto Macedoniano & Vellejano ad oculum pateſcit; filiif. enim & fœminæ æque ac alii ex ſuo contractu obligabantur LL. XII. Tabb. ſed JCti propter æquitatem ob imprudentiam ſexus, abuſum & luxum &c. interceſſiones in futurum & mutuum regulæ exemere dando exceptionem: atque hæ dicuntur exceptiones *civiles. Praetores* non potuerunt tollere Jus Civile, ſed per interpretationem itidem facta quædam regulæ exemerunt, quæ ſunt exceptiones *Praetoriae.* **Laut. pag. 609. verb. Civiles &c.**

Qv. II. *An litis pendentia inducatur per litis conteſtationem, an per citationem?*

Resp. Per citationem, *vid. ſupr. L.* 2. *t.* 4. *qu.* 8. modo citatio inſinuata ſit, *L. f. C. de in jus voc.* nam tunc demum cum ipſo cœpit negotium, *C.* 20. *de Off. deleg. arg. L.* 30. *de Jud.* etſi pars, ſive actor ſit, ſive reus, contumax ſit in prævento judicio, *arg. d. L.* 30. *voc. debet. d. C.* 20. ibi: *poteſt & debet. C.* 8. *eod. in* 6. quia non ipſi tantum, ſed & Judici Jus quæſitum eſt ex citatione, quod partes contumaces ei auferre nequeunt: niſi vel ipſe Judex nolit, *d. C.* 8. *Carpz. Reſp.* 48. *part* 2. vel citatio utroque contumace ſit circumducta & annulata, *Carpz. P.* 2. *Reſp.* 47. **Laut pag. 610 verb. per litis cont.**

Qu. III. *An hodie differentia praeventionis & litis pendentiæ sit sublata?*

Dissent. Laut. pag. 610. verb. Hodie differentia.

RESP. Imo nec Jure Civili ulla inter has exceptiones differentia fuit. Tota enim ratio præventionis in eo est, quod ubi judicium cœptum est, ibi quoque finiri debeat, *L.* 30. *de Jud.* Si igitur reus cœpto judicio coram alio Judice conveniatur potest uti exceptione, quod præventus jam sit, & hæc vere est exceptio præventionis, cujus in Jure mentio fit, *L.* 7. *de Jud. C.* 19. *de For. Comp.* quæ proinde non differt a litis pendentia, quæ ex illa præventionis exceptione necessario sequitur: ut proinde non mores, sed ipsa ratio Juris ea confundant.

Qu. IV. *An sola libelli oblatio inducat litis pendentiam?*

Laut. pag. 610. verb. Sola libelli oblatio.

RESP. Reus quidem excipere non potest, litem alibi pendere; at Judex ipse potest: ejus enim jus cœpit proposita saltem citatione, *C.* 20. *X. de Off. deleg.* & in *L.* 19. *de Jud.* sufficit susceptio cognitionis, suscipit autem citando: sed & actor, qui consentit in Judicem, variare non potest, *l.* 15. *eod.* Unde ante aditionem demum mutatio permittitur, *l.* 18. *eod.* non ubi Judex aditus jam est, & suscepta citatio. Idque probatur *arg. C.* 8. ibi: *inchoante negotium. X. de Jud.* Actus autem inchoandi judicii duo sunt: (1) cum actor adit, & hic actus geritur inter actorem & judicem, qui alterutro invito mutari nequit, etsi reus citatus nondum sit, vel nihil opponat. (2) Cum Judex citat, qui actus agitur cum reo a Judice & actore: tunc multo minus actor mutare potest, quia jam fuit obligatus.

Idque in Camera & Aulico Judicio obtinere fatetur *Laut. h. pag.* 610.

Qu. V. *An suspicionis causa allegari, vel probari debeat, si pars se offerat ad juramentum perhorrescentiæ?*

Laut. pag. 610. verb. suspicionis ratio &c.

AFFIRM. ex ratione juris; at moribus aliud obtinet. *Vid. supr. tit. de Jurej. qu.* 15.

Qu. VI. *Quidnam intersit, an actio ipso jure tollatur, an saltem per modum exceptionis?*

Laut. pag. 611. verb. exceptiones non tollunt &c.

RESP. *Vid. supr. tit. de Pact. qu.* 18.

Qu. VII. *An exceptiones peremtoriæ in stricti juris judiciis statim ab initio opponi debeant?*

Laut. pag. 611. verb. stricti juris statim &c.

AFFIRMAT. Quia Judex in stricti juris judiciis non judicat, nisi de iis, quæ in judicium deducuntur, & in libello exprimuntur, *l.* 99. *de V. O.*

OBST.

OBSTAT, *l. 2. C. Sent. rescind. non poss.* ubi etiam in stricti juris judiciis admittuntur contestationes post litem contestatam.

RESP. Loquitur de exceptionibus ante litem contestatam oppositis, sed in causæ cognitione omissis; hæ enim postea adhuc opponi possunt. Hodie post *Rec. Imp. nov.* omnes exceptiones peremtoriæ ante litem contestatam opponi debent, sive sint judicia bonæ fidei, sive stricti juris, *Laut. h. p.* 612.

QV. VIII. *An, si reus saltem opponit exceptionem neque negando, neque affirmando litem, actor prius suam intentionem, reus deinde exceptionem probare debeat?*

AFFIRMATUR; quia actor fundamentum suæ intentionis primus probare debet. *Laut. pag. 613. verb. Deinde reus &c.*

OBST. *Auth. Atqui semel C. de Probat.* ubi post publicata testimonia repetitio testium super iisdem vel contrariis articulis prohibetur.

RESP. Loquitur textus de testibus ejusdem actoris, non rei.

✠✠✠

LIB. XLIV. TIT. II.

DE EXCEPTIONE REI JUDICATÆ.

QV. I. *An exceptione rei judicatae ipsa actio tollatur?*

NEGATUR, id B. Parens in Disp. de vero debitore injuria judicis absoluto. *S. 3. §. 8. seq.* Rationes autem has affert: (1) principio id inde patet, quia omnes exceptiones perpetuæ & peremtoriæ, qualis est exceptio rei judicatæ; *L. 3. ff. de except.* sua natura tollant ac perimunt, ut omnem obligationis effectum, ita & obligationem naturalem, uti late jam id alibi demonstratum est, *Sect. 2.* Nisi manifeste constet exceptionem non fuisse plene concessam, sed diserte restrictam: cujus exemplum vix aliud in jure proditum est, quam unius SCti Macedoniani. *vid. Sect. 2. §. 30.* Atque hæc regula, quod omnes exceptiones perpetuæ obligationem etiam naturalem extinguant, ita ut solutum quoque, quasi indebitum, repeti possit, clarissimo jure expressa est in *L. 26. §. 3. L. 40. pr. ff. de cond. indeb.* & qua regula omnium minime removeri potest res judicata; nec eam inde exceptam *Laut. pag. 613. verb. ad elidendam actionem de eadem re.*

ceptam ullibi esse, ullatenus probari. Sane enim frivolum est, (pace id summorum vivorum dictum sit) quod post *Bachov. Vinn. &c. Dn. Lauterb. ad tit. de cond. indeb. pag.* 202. affert: Regulam hanc tum locum habere, si obligatio naturalis non subsit; vel illam jus Civile reprobaverit, *L.* 60. *pr. L.* 40. *pr. de Cond. indeb. L.* 9. §. 4. 5. *ff. ad SCt. Maced.* id enim de suo gratis addunt, regulæ nec probant. Quin prius membrum si obligatio naturalis subsit, refellitur manifestissime exemplis præscriptionum, quæ omnes actiones elidunt; *L.* 3. *&* 4. *C. de præscript.* 30. *ann.* & SCti Vell. indubitato enim constat, mulieres maturæ ætatis obligari ex contractibus suis naturaliter: & tamen si ex intercessione se obligaverint, adeo exceptione perimitur hæc obligatio earum naturalis, ut solutum quoque repetere possint. *L.* 9. *C. ad SCt. Vell. d. L.* 40. *pr. de Cond. indeb. &c.* alterum vero, si jus civile eam reprobaverit, ineptum est; quia constituta exceptione perpetua & peremtoria, semper improbatur tota obligatio, nisi manifeste contrarium doceatur, ut in singularissima specie SCti Maced. quemadmodum *Sect.* 2. §. 22. *& seqq. usque ad finem* demonstratum est; & præterea liquet ex §. 9. *I. de except. L.* 3. *ff. eod. tit. L.* 2. *C. de prec. imp. offer.* nec minus ex *Ll. allegatis §.* 8. *supra*, quæ generaliter loquuntur. Etenim exceptiones peremtorie sua natura & regulariter sunt beneficia reorum & in eorum favorem concessæ, ut liberentur & exonerentur *pr. I. de except. L.* 2. *pr. f. eod. arg. L.* 40. *pr. de Cond. indeb. l.* 9. *§. pen. de SCt. Maced.* non in odium actoris, ut ille saltem multetur actione sua, nisi quod speciale quid sit in SCt. Maced. *Sect.* 2. §. 30. Atque hoc (2) confirmatur evidentissime ex *d. l.* 9. §. *pen. de SCt. Maced.* ubi expresse dicitur, illa tantum causa, solutum non repeti, cum in pœnam creditoris reus actione liberatus est, in verb. *Hi demum solutum non repetunt, qui ob pœnam creditorum actione liberantur.* Atqui certum est exceptionem rei judicatæ non esse ob pœnam creditoris inductam, sed ut litium finis sit, ab iisque tandem reus tutus sit, indeque exoneretur: Quando autem lex reum exonerari voluit, datur soluti repetitio, tanquam natura quoque indebiti: ut iterum illud expressum est *in d. L. pen.* ibi: *Non quia exonerare eos lex voluit.* (3). Idem ex alia regula notissima patet; Nihil interesse, ipso jure quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur. *L.* 112. *de R. J. & ibi Wissenb.* Cum igitur indubium sit, actione ipso jure extincta, nullam superesse obligationem, sed solutum quoque tanquam ipso jure indebitum, & absque causa solutum, repeti posse; idem magis dicendum est, si non quidem ipso jure peremta est obligatio, sed & per exceptionem infirmata: quia nihil interest, *d. L.* 112. probanda ergo & hujus regulæ exceptio. Hæc igitur, cum ex generali exceptionum perpetuarum natura hactenus evicta sint, multo magis obtinebunt in exceptione rei judicatæ, qua nulla majoris autoritatis est, & de

qua

qua præ cæteris specialiter id plurimis jurium munimentis adstrui potest. Etenim (4) hæc exceptio rei judicatæ, inprimis obligationem actoris etiam naturalem ita tollet, ut solutum quoque repeti possit, quia illa in eam adolevit æquitatis speciem, excrevitque in tantam plenissimæ obligationis autoritatem, ut non tantum inde exceptio perpetua, sed & actio judicati, & obligatio ad agendum quoque efficacissima nascatur, *L.* 4. §. 3. *L.* 6. §. 1. *de re jud. L.* 2. *& tit. C. de exc. rei jud. L.* 8. *C. de reb. cred. &c.* quod omnes fatetur. Quid vero usquam absurdius dictu audituque videri potest, quam non sufficere rem judicatam, ut obligatio exceptione summoveatur, quæ sufficit actioni efficaci plenissimæ producendæ. Rei condemnationem valere, ut in eum efficax actio detur; non absolutionem, ut ab obligatione liberetur. Quæ cum omni ratione & jure confligunt. Cum enim actio efficax non sit, nisi ex obligatione mixta & plenissima; exceptio vero, quæ eam elidat, etiam ex minus plena; non potest concipi, qui causa rei judicatæ pariat effectus plenissimæ obligationis, nec tamen perere possit effectus minus plenæ, quæ sub altera continetur; seu qui ex injusta sententia actor plene agere possit, non reus plene excipere? Hæc arietant in notissimas utriusque juris regulas: Cui datur actio, ei multo magis exceptio, *l.* 156. §. 1. *de R. J. C.* 71. *de R. J. in* 6. *l.* 1. §. 4. *de superfic.* Non debet actori licere, quod reo non permittitur. *L.* 41. *de R. J.* Reo magis favendum quam actori, *l.* 125. *eod.* Propensiores nos esse debere ad liberandum quam ad obligandum, *l.* 47. *de Obl. & act. C.* 3. *X. de probat.* 2. *F.* 28. Maxime, cum actor hic de mero lucro certet, reus de damno, huic potius, quam illi succurrendum esse *l. fin.* §. 5. *C. de jur. delib. l.* 6. §. 11. *quæ in fraud. cred.* Ut adeo prope pro monstro in jure habendum sit, actori ex re judicata acquiri plenam obligationem, non autem reo ex eadem plenam liberationen. Enim vero (5) auget plurimum rei absurditatem, id quod deciditur in *l.* 29. §. *pen. mand. l.* 36. *fam. hercisc. l.* 1. *C. de Cond. ind.* reum, qui nihil debet, condemnatum, non posse solutum tanquam indebitum repetere, propter autoritatem rei judicatæ, etsi actor, sciens pecuniam a se non numeratam, aut eandem pecuniam bis acceperit, & ideo de Stellionatu teneatur, *d. l.* 29. §. *pen.* Hinc primum constat, ex re judicata nasci obligationem naturalem, vel quæ eandem saltem vim habeat: quia ex ea solutum, etsi alias debitum non sit, repeti non potest: qui est effectus obligationis naturalis, cum quod nec natura debetur, possit repeti. *L.* 47. *de cond. ind.* Si igitur ex injusta sententia condemnatoria oritur debitum naturale, omnino etiam ex absolutoria tolletur debitum naturale, & solutum adeo repeti poterit; quia autoritatis rei judicatæ ei quoque prævalet, quod naturale est: *dd. LL.* idque fieri propter utilitetem publicam posse, demonstratum satis est *Sect.* 2. §. 1. *& seqq.* Idque adeo verum est, ut, licet

licet actor in mala fide sit, & bis pecuniam acceperit, eoque Stellionatus reus sit, tamen autoritas rei judicatæ eum tueatur, ut repeti non possit *d. l.* 29. §. *pen.* Proficiet ergo illa plane facilius reo ad parandam ei liberationem, quam actori, etiam scelesto, ad obligationem; facilius ad succurrendum certanti de damno, quam de lucro *sup.* §. 12. Idem (6) evincitur ex alia regula notissima: Quod res judicata pro veritate habetur. *L.* 207. *de R. J. L.* 25. *de Stat. hom.* Ergo debitor per eam absolutus, nullo modo erit debitor, nec natura; alias quod judicatum est, eum non esse debitorem, non esset verum, sed falsum. Uti ergo, si secundum actorem, cui nihil debebatur, judicatum est, ille pleno jure creditor est & efficaciter agere potest, perinde ac si verissime ei debitum fuisset; quia res judicata pro veritate est: ita & multo magis a parte debitoris absoluti. Similiter (7) ex regula *L. pen. de just. & jur.* quod Prætor seu judex jus dicat, etiamsi injuria dixerit. Unde, uti non debitor condemnatus, omni jure debet; ita multo magis debitor absolutus, nullo jure debet. Accedit (8) quod non minus tralatitium immotumque argumentum est: Quod post rem judicatam nihil amplius quæratur, quam an judicatum, neutiquam vero an debitum sit. *L.* 56. *de re jud.* Cum quo directo pugnat, si post rem judicatam adhuc quærendum fuerit, an natura debitor sit. Id vero (9) adhuc evidentius inde apparet, quod eadem ratione debitor, qui juravit, se non debere, adeo desinat esse debitor, ut solutum quoque repetere possit, ut omnes fatentur: *Dn. Lauterb. ad tit. de cond. ind. pag.* 201. & constat ex *L.* 43. *de cond. ind.* non tantum eadem ratione, quia post jusjurandum non amplius quæritur, an debitum sit, sed an juratum, §. 11. *I. de act. L.* 56. *de re jud.* sed & ipso rei judicatæ exemplo, & quia exceptio jurisjurandi exceptione rei judicatæ comparatur, *d. L.* 56. *L.* 1. *princ. quar. rer. act. arg.* §. 4. & 5. *I. de except. L.* 2. *de jurejur.* Denique (10) claudat agmen decisio in terminis, ut loquuntur, quæ extat in *L.* 13. *quib. mod. pign. solv.* cuius hæc sunt verba: *Si deferente creditor, juravit debitor, se dare non oportere; pignus liberatur: quia perinde habetur atque si judicio absolutus esset: Nam etsi a judice, quamvis per injuriam, absolutus sit debitor, tamen pignus liberatur.* Vides hic debitorem, injuria absolutum, adeo desinere esse debitorem, ut pignus quoque liberetur; quod nôn liberatur, si duret obligatio saltem naturalis, *L.* 5. *pr. l.* 14. §. 1. *de pignor. L.* 59. *pr. vers. Videamus ad SCt. Treb.* Vides ei hac in re comparari debitorem, qui juravit, se non debere; quem inter omnes constat, absolvi in universum. Atque hoc ideo, quia censetur instar absoluti judicio. *d. l.* 13. Hic ergo multo magis.

LIB. XLIV. TIT. III.

DE DIVERSIS TEMPORALIBUS PRÆSCRIPTIONIBUS, ET DE ACCESSIONIBUS POSSESSIONUM.

Qv. I. *An praescriptio sit exceptio facti?*

NEGATUR; Exceptio enim facti esse dicitur, cum actio jure nulla est, *pr. Inst. de Except.* at hic ipso jure durat actio, *L. 2. C. de Luit. pign.* sed agens repellitur exceptione præscriptionis, quia inique intentatur actio contra eum, qui longo tempore possedit: est ergo vera exceptio juris, *arg. d. pr.* Sane (2) tempus non est modus finiendæ obligationis, *L. 44. de O. & A.* Neque id tantum verum est de tempore a partibus adjecto, sed & lege, ratio enim *d. l.* 44. §. 1. generalis est. Accedit (3) quod vox ipsa præscriptionis nihil aliud denotet, quam exceptionem, *l.* 4. *C. de Praescr.* 30. *ann.* ibi: *dictarum exceptionum laqueos. l.* 7. §. 2. ibi: 30. *annorum exceptionem opponi*, & mox: 40. *annorum exceptionis jura tractari. L.* 8. *per tot. C. eod. Conf. Balb. de Praescr. p.* 1. §. *octavo.* Atque hinc (4) refertur præscriptio inter exceptiones juris, ut rei judicatæ; vid. *tit. præced.* doli & metus. vid. *tit. sequ.*

Laut. pag. 614 verb. *non est exceptio &c.*

Qv. II. *An actiones reales 30. annis praescribantur?*

AFFIRM. *L.* 3. *C. de Præscr.* 30. *ann.*

OBJ. *pr. I. de Usucap. L. un. C. de Usuc. transf.* ubi res immobiles triennio usucapiuntur.

Laut. pag. 614. verb. *sive sint reales &c.*

RESP. Loquitur de Usucapione, ubi propter bonam fidem & justum titulum breviori tempore non tantum actio excluditur, sed & dominium acquiritur.

Qv. III *An Servitutes, etiam discontinuae, 30. annis praescribantur?*

Famosa, & admodum, agitata inter Dd. quæstio est, an servitutes, & quo tempore præscribi possint? Equidem, si possessor BONA FIDE ET JUSTO TITULO eas quæsiverit, *longo tempore* acquiri, sive continua sit servitus, sive discontinua, omnes uno quasi ore, paucis saltem ex-

 ceptis,

ceptis, ſtatuunt, *Mev. Part.* 9. *Dec.* 146. *Brunn. ad l.* 2. *C. de Servit. n.* 8. *ibique late Dd. Weſenb. Comment. ad Pand. tit. de Servit. th.* 5. *Gail. l.* 2. *Obſ.* 69. *n.* 14. Quæ ſententia firmiſſimis ſuffulta eſt rationibus: nam (1) de ſervitutibus in genere regula exſtat in *C. f. in f. C. de Praeſcr. long. tempor.* quod longo tempore præſcribantur; cui regulæ tamdiu inſiſtendum, donec diſcontinuæ inde exceptæ probentur. At (2) tantum abeſt, eas inde exceptas eſſe, ut potius idem diſerte de diſcontinuis in Jure ſtatutum appareat: nam ita conſtat, jus aquæ ducendæ, *L.* 10. *ff. Si ſerv. vind. L.* 2. *C. de Servit.* ſervitutem itineris, actusque, *l.* 5. §. 3. *ff. de Itin. act. priv.* uſumfructum, *L. f. in f. C. de Praeſcr. longi temp.* ſervitutem aggeres muniendi, *l.* 1. §. *f. ff. de Aqu. & aqu. pluv. &c.* longo tempore acquiri: quæ tamen omnes ſunt diſcontinuæ. Idque porro & (3) confirmatur, *arg. L.* 28. *ff. de Serv. urb.* ubi, ſervitutem fluminis (quæ eſt diſcontinua) longo tempore non acquiri, ſi cauſa perpetua non ſit, ſtatuitur; ſi ergo cauſa perpetua eſſet, eam longo tempore acquiri poſſe, argumento a contrario ducto eluceſcit. Accedit (4) quod ſervitutes diſcontinuæ longo tempore amittantur, *l.* 28. *de V. S. l. p. C. de Servit. l.* 16. *C. de Uſufr.* ergo & eodem acquiruntur, *arg. l.* 35. *de R. J.* Sed & (5) jurisdictio, quæ itidem jus aliquod diſcontinuum eſt, longo tempore acquiritur, *L.* 8. *C. de Diverſ. off. C. Cum. contingat. de For. comp. C.* 1. *de Off. ord. in* 6. Denique & (6) lapides cædere in alieno territorio, eſt actus diſcontinuus, & tamen, eam conſuetudine acquiri, certum eſt, *l.* 13. §. 1. *Comm. praed. Weſenb. d. l.* conſuetudo autem longo tempore etiam in ſervitutibus inducitur, *l.* 1. *C. de Serv. L.* 10. *Si ſerv. vind.*

Obj. (1) Quod praeſcriptio continuam poſſeſſionem exigat, quæ cum in ſervitutibus ceſſet, *l.* 4. *pr. ff. de Servitut.* non alia ratione ei videtur præſcribi poſſe, quam immemoriali tempore. Vid. *Weſenb. d. l. th.* 5.

Resp. Textum non loqui de præſcriptione, ſed de uſucapione; hæc enim tantum in rebus, & quidem continuo poſſeſſis, locum habet, cum vero in juribus, rebusque incorporalibus nec vera, nec continuata poſſeſſio detur, merito ſtatuitur in *d. l.* eas nec longo tempore uſucapi poſſe: at præſcribi omnino poſſunt; nam ideo, quia jura uſucapi non poſſunt, Prætor remedium præſcriptionis poſſeſſori dedit, voluitque, ut jurium quoque, æque ut rerum, poſſeſſores, ſi longo tempore, bona fide, & juſto titulo iis uſi ſint, ſecuri reddantur, de quo alibi. Vid. *l.* 10. *Si ſerv. vind. l.* 2. *C. de Servitut. l. f. C. de Praeſcript. long. temp.*

Obj. (2) *l.* 3. §. 4. *de Aqu. quot.* ubi ſervitus aquæ ducendæ, quæ continua eſt, immemoriali tempore præſcribitur, verum ſententia hujus *Legis* ex infra dicendis clara fiet.

Ap-

Apparet ergo, ſervitutes diſcontinuas longo tempore acquiri, ſi quis *bona fide & juſto titulo* eas a non domino acceperit, vel tanto tempore non vi, non clam, nec precario iis uſus fuerit. At, quid SI DEFICIAT BONA FIDES ET JUSTUS TITULUS; an ſolus uſus longi temporis, vel 30. annorum, ad præſcriptionem proficit?

Equidem ante Theodoſium certum eſt, ad præſcriptionem ſervitutis, deficiente bona fide & juſto titulo, neutrum profeciſſe. Tales enim ſervitutes, ſive continuæ fuerint, ſive diſcontinuæ, nullo tempore Jure Digeſtorum præſcribebantur, ſed actiones circa eas perpetuæ & immortales erant: Non enim *longo tempore* acquiri poterant; quia longi temporis præſcriptio tantum in ſervitutibus bona fide & juſto titulo quæſitis locum habebat, *l.* 8. *pr. C. de Praeſcr.* 30. *ann. L.* 11. *C. de Praeſcr. longi. temp. L. ſ. C. eod. Mev. Part.* 9. *dec.* 164. Neque etiam 30. *annis*; quia hæc præſcriptio Jure Digeſtorum incognita, & demum a Theodoſio introducta fuit. Vid. *Goth. ad rubr. C. de Praeſcr.* 30. *ann.* Atque hinc jam apparet, cur Pomponius (qui ducentis & ultra annis ante Theodoſium vixit), in *l.* 3. §. 4. *de Acq. cott.* ad conſtituendam ſervitutem immemorialem poſſeſſionem requirat, quia ibi poſſeſſor titulum non habebat, ſed illum in ipſa immemoriali poſſeſſione fundabat, hic ergo nec longi, nec longiſſimi temporis præſcriptione ſe tueri potuit; non illa, quia titulum non habebat, ſine quo longi temporis præſcriptio non procedebat; non hac, quia nondum cognita erat; neceſſario ergo in dicto textu ad immemorialem præſcriptionem, quæ naturalis eſt, provocare debebat: qui textus a nemine hactenus; quod ſciam, explicatus fuit.

At poſtquam Theodoſius omnibus actionibus realibus metam poſuit, conſtituendo, ut jura in re aliena etiam deficiente bona fide & juſto titulo, ſolo 30. annorum lapſu acquirerentur, dubia ſuboritur quæſtio, an juxta generalem hanc conſtitutionem etiam ſervitutes 30. annis præſcribi poſſint? Doctores communiter de *diſcontinuis* id negant, inque his non niſi immemorialem præſcriptionem admittunt; at contrarium verius eſſe, jam demonſtrandum erit. Et *Primo* quidem conſtat, in genere a Theodoſio M. conſtitutum eſſe, ut omnes actiones reales 30. annis finirentur, *Goth. ad Rubr. C. de Praeſcr.* 30. *ann.* Conf. *L.* 3. *pr. C. de Praeſcript.* 30. *ann.* huic generali diſpoſitioni tamdiu inſiſtendum, donec actiones ſervitutum diſcontinuarum inde exceptæ probentur: & cum (2) Doctores præſcriptionem *continuarum* ſervitutum 30. annis compleri, ex generalitate dictæ conſtitutionis concedant, neceſſario quoque de *diſcontinuis* id admittent; quia, cum Lex non diſtinguat, nec nos diſtinguere debemus. Accedit (3) quod

quod præſcriptio longi temporis promiſcue in ſervitutibus continuis & diſcontinuis locum habeat, cur autem non idem obtineret in præſcriptione 30. annorum? quippe quæ ſurrogata eſt in locum præſcriptionis longi temporis: ſane rationem, cur magis in illis diſtinctio illa recipi debeat, nullam video. Quin (4) utrobique eadem potius æquitatis ratio militat: nam in diſcontinuis quoque ſervitutibus intereſt quam maxime Reipublicæ, ut jurium aliquando certa & ſecura reddatur poſſeſſio; & hinc ſi vicinum jus aliquod tanto tempore in re noſtra per intervalla exercentem non repellimus, merito negligentiæ noſtræ pœnam ferimus. Idque (5) omnium maxime verum eſt in ſervitute paſcendi; excuſari enim nulla ratione poteſt dominus, cui intra 30. annos compertum non eſt, vicini gregem ſua inire paſcua, nec auxilio dignus videtur, qui intra tantum tempus in jura ſua non inquirit. Non ergo habet, quod queratur dominus, ſi, cum tanti ævi vetuſtas vel obliteravit jam vel obſcuravit cauſæ notitiam, reique geſtæ memoriam, longiſſimi temporis exceptione repellitur. Denique & (6) nullibi ad præſcriptionem requiritur actus continuitas, ſed contrarium apparet ex omnibus ſupra allegatis textibus, ubi etiam diſcontinuæ longo tempore præſcribuntur; ſufficit enim ad præſcriptionem quaſi poſſeſſio juris continuata, i. e. per prohibitionem domini vel litis conteſtationem non interrupta, *L.* 2. *C. de Servitut. L.* 1. *L.* 2. *L.* 11. *C. de Praeſcr. long. temp.* Sane jus eundi poſſideo, & ſi actu non eam. Conf. *l.* 61. §. 1. *C. de Uſufr.* Atque hanc (7) defendunt *Weſenb. ad Tit. ff. de Servit. n.* 5. *Bach. ad Tr. th.* 8. *lit. a Sutholt. Diſſert.* 5. §. 52. *Gosw. ad Carpz. P.* 2. *c.* 4. *d.* 5. *Frantzk. ad ff. de Servit. n.* 48. *ſeq. Berl. P.* 2. *concl.* 6. *n.* 11. *ibique Dd. Gilken. de Praeſcr. p.* 2. *membr.* 1. *c.* 10. *n.* 1. *& ſeq. per tot. Donell. L.* 11. *c.* 11. *Verſ. ſequens, quae eſt &c. Zang. de Exc. P.* 3. *c.* 10. *n.* 178. *ſeq. Struv. Ex.* 13. *th.* 39. *ibique Müll. lit. k.* Atque ita ſpeciali ſtatuto res definita eſt in Saxonia, *Berl. d. l. in f. Carpz. P.* 2. *c.* 3. *def.* 4.

Sed quid de hodierno uſu dicendum? Equidem communiter Dd. immemoriali demum poſſeſſione ſervitutem diſcontinuam acquiri ſtatuunt, *Mev. P.* 9. *d.* 146. *& Dec.* 165. *n.* 9. *Koppen. dec.* 97. *n.* 12. *Gabr. L.* 5. *Comm concl. de Praeſcr. concl.* 1. *Gomez. var. reſol. L.* 2. *c.* 15. *n.* 28. *Schilt. Ex.* 18. *th.* 7. *Laut. ad ff. tit. de Servit. n.* 13. *Brunn. ad L. f. C. de Servit. n.* 11. ubi generali praxi ita receptum ait. *Vaſq. L.* 2. *Contr. ill. C.* 84. *n.* 6. *Covarr. Var. reſ. C.* 17. *n.* 11. *Wurmſ. tit.* 27. *O. S. n.* 11. *&* 12. *Coepoll. de Serv. C.* 20. *n.* 7. *Hottom. Obſ.* 2. *lib.* 4. *Sichard. ad L.* 1. *C. de Servit. Cancer. P.* 3. *Var. reſ. C.* 4. *n.* 45. *Coſta de quota & rata, qu.* 132. *n.* 3. *Corraſ. L.* 5. *c.* 5. *n.* 1. *Stryk. Uſ. Mod. tit. de Servit.* §. 6. ubi & auctoritatibus & præjudiciis eam ſententiam firmat. Et illi quoque, qui

qui de Jure contrariam ſententiam ſuſtinent, illam tamen Uſu fori receptam dicunt, *Harpr. ad Inſt.* §. *ſ. de Serv. n.* 9. *Brunn. ad L.* 14. *ff. de Servit.* Eamque in omnibus fere judiciis obtinuiſſe, tradit Cothmann. *L.* 4. *Reſp.* 1. *n.* 177. De Camera id teſtatur *Mynſ. Cent.* 4. *O.* 45. De Bavaria **Landrecht** *tit.* 26. *art.* 4. de Gallia *Guid. Pap. dec.* 572. de Conſilio Delphinatus, *id. dec.* 573. *n.* 2. de Hiſpania *Papon. L.* 6. *arreſt. tit.* 1. *c.* 4.

At his omnibus non obſtantibus, pro Jure Civili pronunciandum hodieque eſſe, nullus dubito, idque ex ſequentibus rationibus: (1) Quia ea ſententia de Jure adeo certa eſt, ut nulla reſideat amplius dubitandi ratio, cur ergo ab ea recedere debeamus, non video. Neque (2) communis error norma nobis & regula Juris eſſe debet. Sane (3) non ex multitudine autoritatum judicandum eſſe, quod æquius eſt, ſuggerit Imperator in *L.* 1. §. 2. *C. de Vet. jur. enucl.* neque multitudo errantium errori patrocinium parere debet, *Harpr. ad* §. *ult. Quib. mod. re contr. obl.* Et ſi (4) præjudicia Dicaſteriorum pro norma nobis eſſe non debent; (cum non exemplis, ſed Legibus judicandum eſſe, dicatur in *L.* 13. *C. de Sent. & interloc.*) quin ſi conſuetudo Legem ſcriptam tollere non poteſt, *L.* 2. *C. Quae ſit longa conſv.* nedum nuda Doctorum aſſertio de praxi norma nobis eſſe, vel Legem ſcriptam tollere poterit. Quis enim (5) autoritatem Doctoribus dedit, invertendi rationem juris, praxinque Legi ſcriptæ contrariam introducendi? Quis illis de uſu & moribus uniuscujusque provinciæ judicandi facultatem conceſſit? Sane in dubio jure praxin non ex aſſertione Doctorum ſed ex rebus perpetuo ſimiliter judicatis deſumendam eſſe, innuit *L.* 38. *de LL.* Per exempla ergo probandum eſſet, adverſariorum ſententiam, utut Juri contrariam, hic receptam eſſe. Verum adeo id fallit, ut potius in contrarium varia exſtent præjudicia in Curia Halberſtadienſi. Nam cum Dominus a ruſtico certum ſervitiorum genus, ſcil. **Spanndienſte**, exigeret, binis ſententiis injunctum ei fuit, ut 30. annorum poſſeſſionem probaret in cauſa **Hahn**, contra **Rößing**, d. 19. Mart. 1696. & d. 24. Mart. 1696 qua probata, ſerviens ad præſtationem illarum operarum condemnatus fuit d. 21. Jan. 1706. ſed & in contradictorio duo ſententiæ, quæ immemorialem præſcriptionem requirebant, per tertiam ſequentem reformatæ, & præſcriptionem 30. annorum ſufficere, pronunciatum fuit in cauſa **der Gemeinde zu Bornecke**, contra **die Gemeinde zu Schneidlingen**, d. 9. Jun. 1707.

Qv. IV. *An crimina praeſcribantur 20. annis?* *Laut. pag. 615. verb. criminales accuſationes &c.*

Resp. Criminales quidem accuſationes præſcribuntur 20. annis, non vero crimina ipſa: (1) per textus expreſſos in *L.* 1. §. 10. *Ad SCt. Turp.* ibi: *pene nulla excuſatio erit, quam temporis ſpatium, aut perſonae vitium omnino*

nino removeret, reoque securitatem timoris ac periculi promitteret. L. 19. *pr. Ad L. Jul. de Adult.* ibi: *sine praescriptione* L. 29. §. *f. eod.* ibi: *sine praefinitione hujus temporis &c.* (2) Jure Naturæ praeceptivo talionis pœna est constituta, hæc dispositio Juris Naturæ everteretur, si homicida post lapsum certi termini impunis esset, & si ideo tutus esset, quia nemo est, qui accusarit. (3) Tota ratio præscriptionis in crimine cessat; non enim in pœnam negligentiæ jus neglectum cessare potest, ubi non est jus negligentis, sed publicum, imo divinum: Magistratus enim delicta non puniendo, non suum jus negligit, sed reipublicæ (4) Tempus 20. annorum, quod hic applicatur, est illud, quo causis fisci præscribitur, *Bald. ad L.* 12. *n.* 1. *C. Ad L. Corn. de fals.* adeoque itidem intelligi saltem debet de commodis fiscalibus, non de pœna publica.

Apparet ergo, finiri lapsu 20. annorum (1) Jus fisci, ne ille pœnam pecuniariam, publicationem bonorum &c. petere possit. (2) Jus accusandi privatorum, ut in adulterio, læsæ majestatis crimine &c. (3) Actio, qua vindicatur jus privatum, ut lucrum dotis in adulterio, dissolutio vinculi &c. At (4) pœna corporalis etiam post 20. annos infligi potest.

Laut. pag. 616 *verb. requiritur autem.*

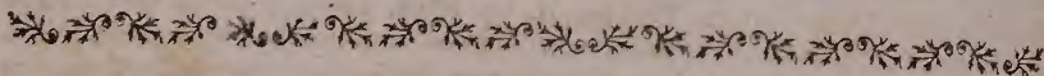
Qv. V. *An Jure Canonico bona fides in praescriptione* 30. *annorum requiratur?*

Vid. supr. tit. de Usurp. & usucap. qu. 30.

Laut. Pag. 616. *verb. ad excludendas.*

Qv. VI. *An per praescriptionem ipsa actio perimatur?*

NEGATUR; quia præscriptio est exceptio Juris, ubi actio subsistit ipso jure, & opposita exceptione longi temporis demum perimitur. *Vid. super. q.* 1. Atque hinc non obstat *L.* 44. *de O. & A.*



LIB. XLIV. TIT. IV.

DE DOLI MALI ET METUS EXCEPTIONE.

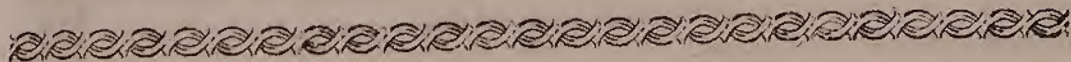
Laut. pag. 617. *verb. etiam parentes.*

Qv. *An contra parentes detur exceptio metus?*

AFFIRMATUR, si alius metum incussit, non si ipse pater, de quo est *d. L.* 4. §. *f. h.* posteriori enim casu allegatur violentia, quæ pugnat cum

cum reverentia parentibus debita, priori casu pater ex alterius metu conveniri potest; quia exceptio metus est in rem scripta, daturque contra quoscunque possessores, adeoque & contra parentes.

Aliud est in exceptione doli; nam nemo ex alterius dolo conveniri potest, adeoque nec pater.



LIB. XLIV. TIT. VI.

DE LITIGIOSIS.

Qv. I. *Quaenam sit ratio hujus Tituli?*

RESP. Prohibitum est alienare ad mutandum judicium gemino remedio: (1) Edicto *de alienatione judicii mutandi causa*, si ante acceptum judicium facta; & (2) Lege litigiosi si postea, *L.* 13. *Fam. erc. L.* 5. *pr. de Haer. pet.* Si enim ne ante litem quidem alienari potest, ne dum ea cœpta.

INSTO, non opus videri hoc edicto, quia dolus pro possessore est; unde utilis rei vindicatio datur Jure Civili.

Sed RESP. *supr. L.* 4. *tit.* 7. 1.

Qv. II. *An res litigiosa esse incipiat a lite contestata?*

RESP. Verius est, omne ligitiosum incipere a citatione insinuata (1) *per Auth. Litigiosa. C. h.* ubi dicitur, quod effectus ligitiosi etiam debeat tribui citationi; (2) *per L.* 33. *de O. & A.* ubi ratio hujus tituli allegatur, ne mutetur judicium, at, insinuata citatione, jam cœpit judicium. *Vid. supr. L.* 5. *t.* 1. *qu.* 2. Alias (3) inter citationem & litem contestatam non esset remedium, cum tamen ante litem cœptam detur edictum de alienatione judicii mutandi causa: & sic plus posset, non cœpta lite, quam cœpta. *Dissent. Laut. pag.* 618. *verb. quae incipit.*

OBST. *C.* 30. *X. de V. S. L.* 5. *de Pet. haer. l.* 2. §. 4. *C. h.* ubi mentio sit litis motæ.

RESP. Lis mota est post insinuatam citationem, at sequi postea debet litis contestatio, quæ tum retrotrahitur ad tempus citationis, *L.* 10. *C. de Praescr. longi temp. d. L.* 33.

Qv. III. *An etiam actio realis, quae non est de dominio, rem faciat litigiosam?*

Dissent. Laut pag. 618 verb. non etiam &c.

Affirmatur adeo, ut si res pendente lite alienetur, alienatio sit ipso jure nulla, (1) per *L.* 2. *C. h.* ibi: *quicquid in judicium deductum est.* (2) Eadem ratio æquitatis hic militat; nam judicium hic mutatur; utpote quod non nisi ratione rei fundatum est. (3) Edictum *de alienatione judicii mutandi causa*, quod ante litem cœptam obtinet, pertinet ad actiones reales, nedum edictum *de litigiosis.*

Obst. *Nov.* 112. *c.* 1. ubi lis de *dominio* rem facit ligitiosam.

Resp. Verum est, quod *res* sola ita fiat litigiosa, at in actionibus realibus non *res*, sed *jus*, de quo agitur, & quod rei cohæret, fit litigiosum, & hoc alienari nequit, *Frantzk. L.* 1. *Res.* 11. *num.* 17. *H. Pist. L.* 1. *qu.* 40. *n.* 4.

Qv. IV. *An etiam actiones personales & in rem scriptae rem faciant litigiosam?*

Laut. pag. 618. verb. personales &c.

Neg. quia personales actiones non mutantur rei alienatione, quam non afficiunt, sed personam. Unde & Edictum *de alienatione judicii mutandi causa* in actionibus personalibus cessat. *Vid. H. Pist. L.* 1. *qu.* 40. *n.* 4.

Obst. *L.* 2. *L.* 4. *C. h.* quæ sunt generales, & de omni actione loquuntur.

Resp. Imo non sunt generales, sed loquuntur de dominio, quod inter petitorem & possessorem agitur. *Vid. Dn. Berger. h.*

Dissentit *Frantzk. L.* 1. *Res.* 11. *n.* 24.

LIB XLIV. TIT. VII.

DE OBLIGATIONIBUS ET ACTIONIBUS.

Qv. I. *An obligatio personae creditoris inhaebeat, an personae debitoris?*

Laut. pag. 619. verb. personam adstringunt &c.

Resp. *Vid. supr. L.* 1. *tit.* 8. *qu.* 4.

Qv. II.

Qv. II. *Quodnam ſit principium obligationum?*

Resp. *Vid. ſupr. L.* 2. *tit.* 14. *qu.* 9.

Qv. III. *An obligatio recte dividatur in naturalem, civilem, & mixtam?*

Resp. *Vid. ſupr. L.* 2. *tit.* 14. *q.* 39. *Laut. pag.* 619. verb. *Naturalis &c.*

Qv. IV. *An obligatio naturalis imperfecta, ad ἀντίδωρα, ſit vera obligatio?*

Resp. *Vid. ſupr. L.* 12. *tit.* 6. *qu.* 5. *& Diſp. Dn. Par. de Antidoris.* *Laut. pag.* 619. verb. *haec in jure.*

Qv. V. *An obligatio, quae ex pacto oritur, producat actionem?*

Resp. *Vid. ſupr. L.* 2. *tit.* 14. *qu. ſeq.* *Laut. pag* 620. verb. *haec obligatio.*

Qv. VI. *An obligationi civili poſſit accedere fidejuſſor?*

Neg. Si obligatio civilis perpetua exceptione eliditur: *Vid. L.* 12. *t.* 6. *qu.* 6. quia cum effectu debitum non eſt, & ſic fruſtra accederet, ſane ſolutum ex debito civili tanquam indebitum condicitur, *l.* 26. §. 3. *de Cond. ind.* nec compenſari poteſt, *ſupr. L.* 16. *tit.* 11. *qu.* 10. nec pignus ei accedit, *ſupr. L.* 13. *tit.* 7. *qu.* 2. nec conſtitui poteſt *ſupr. l.* 13. *tit.* 5. *qu.* 9. *Laut. pag.* 620. verb. *& poteſt huic.*

Obst. *L.* 12. *C. de Non num. pec.*

Resp. Loquitur de fidejuſſore, qui accedit veræ obligationi, & quæ civilis poſtea fit, ob non numeratam pecuniam.

Qv. VII. *An Actio mihi detur contra debitoris mei debitorem?*

Resp. Nota vulgo eſt regula: Debitorem debitoris mei non eſſe meum debitorem, *L.* 44 *de Cond. ind.* junct. *l.* 19. §. 1. *eod. l.* 15. *C. Si cert. pet. l.* 8. *C. Depoſ. Born. Diſp. de Act. quae creditori adverſus debitorem debitoris competitit, th.* 6. *ibique late Dd.* *Laut. pag.* 621. verb. *quod ſibi debetur.*

At vera tantum eſt illa regula quoad *obligationem perſonae*: hæc enim nullo jure eſt obligata. Neque enim obligatur ex jure in re, quia nulla

causa juris in re præcessit, neque ex jure ad rem, quia cum debitoris mei debitore neque vere, neque quasi contraxi. *Müller. ad Struv. tit. Quae res pign.* §. 18. *lit.* γ. *ibique late Dd. Sand. Dec. Fris. L.* 3. *tit.* 12. *dec.* 24. Nulla ergo actio mihi contra eum competit, *d. l.* 15. *d. l.* 8. *l.* 13. *C. de O. & A. l.* 7. *C. de Nov. Sand. d. l.* ubi & præjudicium, *Born. d. l. th.* 3. *&* 4. (ubi vide plurimos dissentientes, qui actionem personalem utilem vel dativam saltem concedunt, quos recte rejicit *Born. d. l.*) *Mev. P.* 4. *dec.* 65. Adeo, ut nec fiscus contra debitoris sui debitorem personaliter agere possit, *Born. d. Disp. th.* 10. ubi, Scabinos Lipsienses ita respondisse, ait: sed dabitur debitoris debitori contra agentem exceptio non competentis actionis, *Roth. Disp. de Cred. mei creditore, th.* 6. *Muller ad Struv. d. l. Zanger. de Exc. P.* 3. *c.* 20.

Exc. (1) Actio quoque personalis contra debitoris mei debitorem datur, si cessum sit nomen, *L. f. C. Quand. fisc. Sand. d. l.* tunc enim directis nomine mei debitoris, & utilibus nomine proprio agere possum, *l.* 7. *l.* 8. *C. de Haer. vend.* Cessio quoque (2) facta videtur, si nomen pignori datur, per text. expr. in *l.* 7. *C. Haer. vend.* Conf. *l* 18. *pr. ff. de Pign. act. l.* 4. *C. Quae res pign.* quia tunc nihil aliud, quam facultas exigendi debitum concessa, inque eo omnis securitas posita videtur. Idem quoque est, si debitor pignus, quod a suo debitore habet, mihi iterum pignori dat; utroque enim casu contra debitoris mei debitorem actione utili, *l.* 13. §. 2. verb. *& actio utilis*, & mox; *exacta ea. ff. de Pignor.* (vel etiam directa nomine mei debitoris, *d. L.* 7. *L.* 8. *C. de Haer. vend.*) experiri possum, *d. L.* 7. *d. L.* 8. Vid. *Struv. de Pign.* §. 18. *ibique Müller. lit. d. Mev. P.* 4. *dec.* 65. *& P.* 6. *dec.* 365. *Born. d. l.* §. 10. *seq.* §. 22. *& seq.* Equidem (3) aliam quoque exceptionem affert *Mev. P.* 8. *dec.* 29. & putat contra debitoris mei conductorem mihi dari actionem, ut mihi pensionem solvat: Verum nullibi hæc exceptio probatur, actio enim, quæ mihi competit, non nisi contra meum debitorem institui poterit; at causa cognita liteque finita, executio in illam pensionem fit: & de hac executione agit allegata a Mevio *l.* 2. *C. Quand. fisc.*

Satis ergo apparet, actionem personalem contra debitoris mei debitorem non dari. Neque hunc ullo jure mihi obligatum esse. At *bona* ejus mihi omnino obligata sunt: in bonis enim meis dicitur esse etiam illud, quod mihi debetur, *L.* 48. *de V. S. L.* 21. *eod.* & hoc vocatur æs meum, ratione mei debitoris vero æs alienum, *L.* 213. §. 1. *de V. S.* Unde nomen illud, sive æs, apud me in bonis meis esse videtur, *l.* 143. *de V. S.* Conf. *L.* 86. *pr. de Leg.* 2. *L.* 12. §. 45. *de Instr. leg. L.* 50. §. 1. *ff. de Jud. L.* 92. *pr. ff. de Leg.* 3. *Born. d. l. th.* 22. *ibique Dd. Goth. ad d. l.* 143.

Cum

Cum vero æs hoc alienum, quod debitor meus debet, omnia bona totumque ejus patrimonium afficiat, *l.* 50. §. 1. *de Judic.* Conf. *Dn. Cocceji Disp. de Obl. haer. ex del. def. S.* 1. §. 3. 4. & 5. necessario sequitur, etiam nomina ejus, & quicquid ipsi debetur, sub obligatione illa contineri: Et hoc sensu etiam id, quod debitori meo debetur, æs meum dici potest, *d. L.* 213. illudque in bonis meis esse videtur, *d. L.* 143. continetur enim sub patrimonio mei debitoris, *d. l.* 50. *d. l.* 213. *d. l.* 143. quod totum obligatum mihi est, *d. l.* 50. & hactenus debitoris mei debitor plus suo & æs alienum habet, *d. l.* 213. Quod ad me pertinet, & in meis bonis esse videtur: & hactenus bona ejus mihi obligata sunt.

His principiis ita positis omnia, quæ circa difficillimam hanc materiam occurrebant dubia & controversiæ, facillima via decidi possunt.

Nam (1) facile hinc constat, mihi a debitoris mei debitore rite solvi, neque hunc, si per errorem id fecerit, solutum tanquam indebitum condicere posse: nam licet hujus persona mihi non sit obligata; tamen ex ejus bonis mihi debetur, quia v. g. 100. quæ debitori meo debet, sunt in hujus bonis, *l.* 143. *l.* 213. §. 1. *de V. S.* & sic etiam in meis, *dd. Ll.* & *L.* 50. §. 1. *de Jud.* quod proinde ille solvit, est æs meum, non ergo indebitum. Sane dolo ageret debitoris mei debitor, qui repetit a me, quod statim restituturus est creditori suo, & hic mihi. Atque hoc ita diserte traditur in *l.* 44. *ff. de Cond. ind.* junct. *l.* 19. §. 1. *eod.* quos textus plenius explicavi supra, *tit. de Cond. ind. qu.* 13. Ita in contradictorio judicatum in Curia Halberstadiensi in causa Thielen, contra den Rath zu Grüningen, Mens. Mart. 1711. Modo debitum a debitoris debitore solutum, sit liquidum: alias condici potest.

Et cum (2) per talem solutionem, a debitoris mei debitore mihi factam, extinguatur tota obligatio, etiam pignus, quod debitore meo dedit, tollitur, illudque actione pignoratitia contraria ab hoc repetere potest, *l.* 11. §. 5. *de Pign. act. Mev. P.* 3. *dec.* 360. *n.* 3. & *P.* 5. *dec.* 343. *Brunn. ad d. l.* 11.

(3) Si debitoris mei debitori tantundem forte debeo, quantum ille meo debitori debet, & hic mihi, compensare cum eo possum; est enim hic mutuum debitum, quia debitoris mei debitor vere mihi ex bonis suis debet, & ego ipsi vicissim debeo: ut proinde omnia requisita compensationis adsint. Conf. *l.* 13. §. 2. *ff. de Pign. l.* 18. *pr. ff. de Pign. act. Born. dict. Disp. th.* 24.

(4) Debitoris mei debitor pignus mihi valide constituere potest; nam bona ejus debent, adeoque verum debitum Jure Gentium subest, cui accedere

dere pignus poteſt. *Vid. ſupr. tit. de Pign. act. qu.* 1. *& qu.* 15. Eademque ratio eſt in fidejuſſore.

(5) Executio fieri in hoc nomen poteſt, *l.* 15. §. 8. *&* 9. *ff. de Re jud. Auth. Hoc niſi. C. de Sol. l.* 2. *C. Quando fiſcus. Nov.* 4 *c.* 2. *verſ. idem eſt dicere &c.* modo de debito certo conſtet, *d. l.* 15. *§.* 9. *Mev. P.* 4. *dec.* 84. Si enim debitoris mei debitor neget, ſe debere, tunc non decernitur immiſſio, ſed debitor meus cauſam cum eo diſceptat, vel ſi debitor non exſtat, curator conſtituitur, *Sand. d. geſ.* 24. Conf. *Mev. P.* 4. *dec.* 65. *P.* 8. *dec.* 29. *P.* 6. *dec.* 365. At ne interim meo debitori ſolvat, conſultum mihi erit, vel per impoſitionem arreſti, vel per nudam Judicis inhibitionem eum prohibere, ne pendente lite ſuo creditori ſolvat, *Mev. dict. dec.* 365. *Hering. de fidej. p.* 5. *c.* 27. *n.* 83. *& ſeq. &c.* 19. §. 60. & ſi allleget, ſe jam ſolviſſe, hanc ſolutionem probare debet, *ibid.*

An (6) confunditur debitum, ſi ego debitoris mei debitoris hæres exiſto? Affirm. quoad debitum naturale quod eſt inter me & debitoris mei debitorem, nam contra debitorem meum ſalva mihi manet actio, quia tertius eſt, ſcil. debitor meus, a quo debitum cum effectu exigi poteſt, indeque hactenus tota ratio confuſionis ceſſat. Et ſic contra, ſi debitoris mei hæres exiſto, tamen v. g. compenſare poſſum cum debitoris mei debitore. *Vid. Diſp. mea de Confuſ. oblig.* §. 30. *ſeq.* §. 36. *& ſeq.*

Ita (7) diſceptatum fuit aliquando, num arreſtum, quod in debitoris mei bonis impetravi, extentatur quoque ad bona ejus, qui huic debitori meo debet, ita ut in ejus quoque bonis pignus prætorium conſequar? Et recte negatum id fuit, quia effectus pignoris eſt (1) ut ſaltem in debitoris bonis jus reale conſequar, ad eum effectum, ut, ſi alienet vel rem, vel actionem, ſibi competentem, eam a quocunque poſſeſſore vindicare poſſim; (2) ut vi hujus pignoris, etiam nomina debitoris mei (ſive utili, ſive directa actione) ab ejus debitoribus exigere poſſim. *Vid. ſupr. Except.* 3. Non ergo pignus hoc afficit bona ejus, qui debitori meo perſonaliter debet, nec ergo jus aliquod reale in illius bonis conſequor, utpote quod nec meus debitor habuit, ſed ſaltem facultatem actionem nomine mei debitoris inſtituendi, atque id, quod huic perſonaliter debet, exigendi. Atque ita judicatum eſt in cauſa Sprögel, contra die Thieliſche Kinder, d. 27. Jan. 1706.

Denique, & (8) etiam retentionis jure uti poſſum in rebus debitoris mei debitoris, usque dum mihi ſolvat id, quod debitori meo, & hic mihi debet. Nam cum bona ipſius debeant, & ſic verus debitor ſit, omnesque

effectus

effectus debiti præter actionem locum habeant, omnino jure retentionis uti potero. Modo ipse vere & liquido debitori meo sit obligatus; si enim id neget, & res sit altioris indaginis, retentio locum non habet, atque ex hac ratione illa denegata fuit in eadem causa Spröggel, contra die Thielische Kinder, d. 27. Jan. 1707.

Qv. VIII. *An actiones inventae sint Jure Gentium?*

Resp. Jus persequendi id, quod meum est, est ex ipso Jure Naturæ; at quia certo modo id inter gentes fieri debet, hæc forma est ex Jure Gentium: uti diversa nomina contractuum, distinctiones actionum &c. verborum obligationes &c. *Laut. pag.* 621. verb. *inventa.*

Obj. *l.* 2. §. 6. *de Obl. & act.* ubi dicuntur esse Juris Civilis.

Resp. (1) Jus Gentium Secundarium etiam est pars Juris Civilis. *Vid. supr.* *L.* 1. *t.* 1. *qu.* 4.

Resp. (2) Loquitur de formulis actionum, quæ ex mero Jure Civili sunt.

Qv. IX. *An dentur actiones mixtae?*

Affirmatur. *Vid. supr. L.* 10. *t.* 1. *qu.* 1. *Laut. pag.* 622. verb. *mixta.*

Qv. X. *An poenae in duplum, triplum &c. hodieque obtineant?*

Negatur, (1) quia Jure Germanico, Legibus antiquis, Statutis locorum &c. incognitæ sunt, nec unquam cum Jure Romano receptæ apparent. Sed & (2) certum est, mulctas apud Germanos esse fructus jurisdictionis, 2. *F.* 56. indeque nemo, nisi magistratus, eas exigere potest. *Vid. Rosenth. de Feud. C.* 5. *Concl.* 62. Unde (3) pœnæ privatæ arbitrariæ dicuntur, *Heig. L.* 2. *qu.* 22. *n.* 3. *& quaest.* 30. *n.* 19. & extraordinariæ, *Phil. Inst. L.* 4. *Ecl.* 89. quales non essent, si patribus ex Lege jus certæ pœnæ hodieque quæsitum esset. Sane (4) ante receptum Jus Romanum incognitæ fuere: probari igitur deberet, magistratus nostros hoc fructu suo, tum indubio quæsito, cessisse partibus. Et cum (5) in paucissimis statutis pœnarum privatarum mentio fiat, illæque in singularissimis saltem caussis statuantur, ex ipsa hac singularitate apparet, quam ab usu fori remotæ sint pœnæ privatæ. Atque has rationes (6) nervose affert *D. Par. in Hyp. Inst.* *Laut. pag.* 625. verb. *duplum.*

Inst. tit. de act. §. 22. ubi pro ea sententia allegat *Schulz. Gudel. Struv. Bugnon.* Add. *Vinn. ad* §. 26. *n.* 1. *I. de Act. Dn. Par. in Disp. de Oblig. haer. ex del. Sect.* 4. §. 37. *Gisebert. tit. de Act. n.* 997. ubi infiniti alii, *Marant. Spec. p.* 4. *test.* 1. *num.* 4. *Carpz. Pract. Crim. qu.* 78. *n.* 8. *Harpr. ad* §. 3. *I. de Act. n.* 5. *Phil. ad Inst. L.* 4. *Ecl.* 1. *n.* 3. *Rennem. M.* 4. *D.* 9. *th.* 43. *Huber. Pos. ad Inst. tit. de act. n.* 53. *& in Praelect. ad Inst. de Leg. Aquil n.* 6. *in f.* item *ad tit. de Priv. del. in fin. & ad tit. ff. de Poen. n.* 2. Attamen, si Judex velit, pœnam vel pœnæ partem actori per sententiam tribuere potest, uti Camera, sed in aliis casibus & multo aliter ac Jure communi, *Dn. Par. d.* §. 23. *in not.*

Dissentiunt *Bartol. ad L.* 7. *C. de Agricole Oldendorp. de Act. Class.* 1. *act.* 3. *p.* 22. *Brunn. ad L. f. ff. de Calumn. in fin. Hopp. ad* §. 25. *Inst. de Act. Schliterus, Lynkerus & alii apud Dn. Berger. h. p.* 681.

Qu. XI. *Quaenam actiones contra haeredes dentur?*

Laut. pag. 623. *verb. in transitoriasi.*

Resp. Hæres obligatur ad omne id, quod in hæreditate est ultra patrimonium defuncti; hoc enim defunctus plus suo habuit, quod ipse & ejus hæres ex naturæ regula restituere tenentur.

Hinc sequitur, non dari in hæredes (1) actiones mere pœnales, §. 1. *I. de Perp. & temp. act.* Nam obligatio defuncti ad pœnam necessario morte desinit, *L.* 20. *de Pœn.* quia tunc patrimonium ejus esse desinit, & jam hæres de suo solveret, qui tamen non deliquit. *Vid. Dn. Par. Disp. de oblig. haer. ex del. Sect.* 2. §. 8. *& Sect.* 3. §. 1. (2) Actiones prætorias, quæ tantum rem persequuntur ex delicto, dolove; tunc enim non id agitur, ut hoc simplum illico desinat esse in bonis rei, isque videatur plus suo habere, sed ut pœnam de suo debeat, adeoque actor hic non proprie, quod sui patrimonii est, sed pœnam tantum exigit, *l.* 9. §. *f. de Reb. auct. Jud. poss. junct. L.* 11. *eod.* item *l.* 9. §. *f. Quod falso tut. junct. L.* 7. *pr. eod. dict. Disp. S.* 2. §. 11. *& Sect.* 3. §. 20. *ubi singulas has actiones recenset.* (3) Non actiones ullas ex delicto mixtas, sive prætoriæ sint, sive civiles, §. 1. *Inst. de Perp. & temp. act.* quia, etsi rei persecutio sit, sequitur tamen rationem totius actionis, quæ sua natura tendit ad puniendum delictum; quia ultra id, quod ablatum est, datur, *arg.* §. 9. *I. de L. Aquil.* Atque hinc hæ actiones mixtæ simpliciter pœnales dicuntur, *l.* 23. §. 8. *ff. Ad Leg. Aquil. d.* §. 9. *l.* 111. §. 1. *de R. J. d.* §. 1. *dict. Disp. Sect.* 2. §. 11. *& Sect.* 3. §. 20. (4) Non actiones populares, *L. ult. de Pop. act. l.* 5. §. 5. *de Dej. & effus.* nihil enim abest e patrimonio actoris, *dict. Disp. Sect.* 3. §. 20.

E contrario autem ſequitur, dari in hæredes (1) omnes actiones ex contractu vel quaſi, *L.* 37. *de Acq. vel om. haer.* (2) Actiones *civiles* ex delicto rei perſecutorias; quia, etſi defunctus ſuo delicto non ſit locupletior factus, tamen aliquid mihi abeſt facto & injuria defuncti, quo is obligatur ad reſtitutionem, ego ergo minus, defunctus plus ſuo habebat; hoc ergo ſimplum non eſt defuncti pœna, ſed in meo patrimonio, atque huc pertinet condictio furtiva, *L.* 9. *de Cond. furt.* condictio ob turpem cauſam, *L.* 5. *in fin. de Calumn.* talis quoque foret actio L. Aequiliæ, ſi in ſimplum daretur, §. 9. *I. de L. Acquil.* Idemque eſt in actionibus prætoriis, quibus ex delicto ſimplum petitur; ſi non ſint conceptæ in pœnam doli, ut in *L.* 7. *pr. de Relig. Conf. dict. Diſp. Sect.* 2. *th.* 10. *& Sect.* 3. *§.* 21. (3) Omnes actiones ex delicto ſupra recenſitæ, poſt litem conteſtatam, *L.* 139. *pr. L.* 164. *de Reg. Jur.* quia tum non amplius ex delicto, ſed quaſi ex contractu litis conteſtationis pœna deberi incipit, unde quod ex his cauſis defunctus debuit, non amplius æs defuncti fuit, ſed æs alienum, *l.* 213. *§.* 1. *de V. S. L.* 27. *de Legat.* 2. *l.* 2. *§.* 3. *in fin. de Haer. vend.* Conf. *dict. Diſp. Sect.* 3. *§.* 21. Hodie non niſi poſt ſententiam. *Vid. dict. Diſp.* §. 37. (4) Omnes hæ actiones ex delicto, quatenus ad hæredes ex delicto pervenit, *L.* 14. *de Cond. ind. L.* 38. *de R. J.* jam enim plus ſuo habent, *L.* 28. *in fin. L.* 29. *de Dol. mal. dict. Diſp. Sect.* 3. §. 21. (5) Actiones, quibus dolus ex ipſo contractu vindicatur, §. 1. *I. de Perp. & temp. act.* quia quicquid ex contractu debitum eſt, incipit eſſe æs alienum ratione debitoris, *dict. Diſp. S.* 2. §. 17. (6) Quibus pœna ex contractu petitur, pœna enim conventionalis vera pœna non eſt, ſed ſtatim, ac lex vel ſtipulatio commiſſa eſt, quantitas, in eam deducta, ex pacto incipit eſſe in bonis actoris, *dict. Diſp. S.* 2. §. 15. *S.* 3. §. 21.

Quid de criminibus dicendum? Resp. Hæres non tenetur ex crimine defuncti, *L.* 26. *de Pœn. L.* 22. *C. eod. L. f. Ad Leg. Jul. Maj.* hæc enim pœna plane non eſt res patrimonii: etſi lis cum defuncto conteſtata ſit, *d. L. f. L.* 2. *L.* 3. *&* 4. *L. f. C. Si reus vel acc. L.* 6. *ff. de Publ. jud.* quia litis conteſtatio in criminibus non habetur pro quaſi contractu, *dict. Diſp. S.* 4. §. 25. *ſeq.*

Exc. (1) ſi defunctus ex crimine publico vel privato ad pœnam pecuniarium, v. g. publicationem bonorum, (non ſi ad pœnam corporalem, cui publicatio bonorum cohæret, *dict. Diſp* §. 34.) ſit condemnatus, quia tunc illa pœna non ex crimine, ſed ex ſententia Judicis debetur, *L.* 20. *de Accuſ. L. p. C. Si reus vel acc. arg. L.* 20. *pr. de Jur. fiſc. dict. Diſp. S.* 4. §. 30. Non vero, ſi ante ſententiam mortuus fuerit, ut id rationibus proba-

tur, *d. S.* 4. *§*. 31. & infra ad titulum de injuriis latius demonſtrabitur. Si ſententia appellatione ſuſpenſa ſit, pœna pecuniaria nihilominus in hæredes tranſit, cœpit enim jam ex ſententia deberi, quæ ſuſpenſa tantum eſt, non ſublata; nam poſtea confirmata retro valet, *d. Diſp. S.* 4. *th.* 34. (2) Si in cauſa criminali expenſæ litis aliaque damna adjudicata fuerint, *L.* 6. *de Publ. jud. l.* 78. §. 2. *de Legat.* 2. (3) Si reus ſibi mortem conſciverit conſcientia delicti, & crimen ſit, quod publicationem bonorum infert, tum quia ſua conſcientia jam videtur condemnatus, tum ne in poteſtate rei ſit ſuo αὐτοχειρίας crimine fiſco hoc jus intervertere, *L. p. C. S. reus vel acc. O. C. art.* 135. (4) Ex crimine defuncti hæres tenetur, quatenus ad eum pervenit; *L.* 12. *Ad L. Corn. de falſ. L.* 5. *pr. de Calumn.* id enim facto defuncti abeſt actori, *dict. Diſp.* §. 38. (5) In quibusdam criminibus etiam publicis ſingulariter conſtitutum eſt, ut hæres ratione pecuniæ ſeu bonorum, etiam lite non conteſtata, teneatur: ut in crimine Majeſtatis, hæreſeos, repetundarum, peculatus, & de reſiduis, *dict. Diſp. th.* 39.

Qv. XII. *An haeredes defuncti tantum pro rata agant, & conveniantur?*

Equidem inter remoras litium merito numeratur *exceptio plurium cohaeredum*, quam reus plerumque opponere ſolet: nam vel ACTOR plures cohæredes habet, & tum reus, qui forte debitum negat, vult, ut omnes agant, ne finita cum uno lite, poſtea reliqui denuo eandem inſtituere valeant; vel REUS plures relinquit hæredes, quorum unus, in ſolidum conventus, allegat, ſibi alios eſſe cohæredes, indeque in ſolidum ſe conveniri non poſſe. Utroque caſu anſam protelandi litem calumnioſus adverſarius arripere poteſt: adeoque paulo plenius hanc materiam examinabimus.

Quod ad ACTORIS cohæredes attinet, regula Juris certa eſt, actiones ipſo Jure & Legibus XII. Tabb. active in hæredes tranſire, *l.* 5. *& t. t. C. de Haer. act. l.* 1. *in f. C. Si un. ex plur. haer. l.* 3. *ff. Fam. erc. l.* 25. §. 13. *eod. l.* 6. *C. eod. l.* 85. *§.* 1. *de V. O. Carpz. P.* 1. *C.* 2. *d.* 25. *n.* 4. *Mev. P.* 2. *dec.* 113. *n.* 1. *& P.* 1. *dec.* 115. *n.* 1 Nam ad debita hæreditaria ideo tenetur hæres, quia repræſentat perſonam defuncti: ſi ergo pro parte hæres eſt, pro parte ſaltem defunctum repræſentare poteſt, indeque pro ea quoque demum parte ad debita hæreditaria teneatur, *l.* 10. *C. de Jur. delib. l.* 1. *l.* 2. *l.* 6. *C. de Act. haer. l.* 3. *C. de Contr. jud. l.* 3. *C. de Neg. Geſt. l.* 14. *C. ad L. Falc. l.* 7. *C. de Bon. aut. jud. poſſid.*

Exc. (1) Pignus: hoc enim unicuique hæredum in ſolidum tenetur, *l.* 1. *C. Si un. ex plur. l.* 25. §. 4. *Fam. erc.* Adeoque unusquisque hæredum

dum in ſolidum actionem hypothecariam inſtituit, & in ſolidum pignus diſtrahit, *Brunn. ad d. l.* 1. Nam cauſa pignoris eſt individua, adeoque pro parte illud diſtrahi non poteſt, *d. l.* 1. *& l.* 2. *C. Si un. ex plur. l.* 65. *ff. de Evict.* At pro ſua ſaltem rata ex pretio ſibi ſatisfacit, reſiduum reo reſtituit, *l.* 11. §. 4. *de Pign.*

Exc. (2) Quoties factum eſt individuum vel ſaltem ratione *petitionis.* Atque hinc iter, via &c. defuncto promiſſa, a ſingulis ejus *haeredibus* in ſolidum peti poteſt, *l.* 2. §. 2. *de V. O.* quia in partes ſcindi iter nequit; at condemnatio ſit ſaltem pro parte hæreditaria, *l.* 25. §. 9. *Fam. erc. d. l.* 2. §. 2. *ibique Goth.* vel ratione *praeſtationis*, uti ſi homo defuncto promiſſus petitur ab uno hæredum, tunc pro parte ſua ſaltem agit; at totus præſtari debet, quia pro parte homo præſtari nequit, *l.* 2. §. 3. *l.* 85. §. 4. *de V. O.*

Vera ergo manet illa regula, quod hæredes non agant, niſi pro parte hæreditaria; cujus effectus inſignis hic eſt, quod unus eorum non poſſit totum debitum a reo petere, & quod debitor ſolvendo uni totum debitum non liberetur. Sed anne iniquum eſt, debitorem, qui forte juſtas debiti negandi cauſas habet, teneri unicuique hæredum pro rata reſpondere, eoque in diverſos proceſſus diſtringi?

Resp. Omnino: & ideo quoad modum procedendi pro uno debito reputatur, ad eum effectum, ut omnes hæredes ſimul agant, vel communem procuratorem conſtituant, vel ſi non poſſint convenire, ex officio talis conſtituatur, *L.* 3. *ff. Fam. ecr. l.* 31. §. 5. *de Ædil. Edict. ibique Bald.* Nam ſummam iniquitatem eſſe, in plures diſtringi adverſarios aperte dicitur in *l.* 27. §. *f. de Pecul. arg. L.* 38. *de Procur. l.* 2. *ff. de Exerc. act.* omnis igitur numerus eorum, qui in locum unius ſubſtituuntur, pro ſingulari perſona eſt habendus, *L.* 56. *ff. de Cond. & dem.* & ſi idem debitum a pluribus debetur, unius loco habentur, *L.* 9. *ff. de Pact.* Atque hanc ſententiam confirmat *Mev. P.* 2. *dec.* 342. *Chriſt. V.* 3. *dec.* 187. *n.* 4. Conf. *Mev. P.* 1. *dec.* 113. *n.* 6. *&* 9. *P.* 4. *dec.* 63. Eaque præterea probatur per textum expreſſum in *l.* 48. ibi: *Si familiae erciſcundae actum ſit, & unus ex litigatoribus deceſſerit, pluribus haeredibus relictis, non poteſt in partes judicium ſcindi, ſed aut omnes haeredes accipere id debent, aut dare unum procuratorem, in quem omnium nomine judicium agatur. ff. Fam. erc. & d. l.* 31. §. 5. Atque ita in contradictorio in Curia Halberſtadienſi judicatum in cauſa der Alslebiſchen Geſchwiſter, contra den Landrath Didrichs.

Quid ſi vero cohæredes nolint actionem intentare?

Resp. Tunc, ſi conſtat de eorum domicilio, compelli poſſunt a Judice, ut vel declarent, ſe litem nunquam moturos, vel communem procuratorem conſtituant; ſi nolint, Judex ex officio talem conſtituit, atque ita judicatum *in dicta cauſa.* Interim vero pro rata reſpondere actori tenentur rei, idque verum eſt, etſi quidam cohæredum nomine communi ab initio egerint, poſtea autem, quia cohæredes agere nolunt, declarent, ſe pro ſua rata ſaltem agere velle, uti judicatum memini in Camera Electorali.

Quid ſi cohæredes longe abſint, vel ubi ſint, ignoretur?

Resp. Vel *lite conteſtata* actor moritur, & tunc unus hæredum præſens continuat proceſſum, etiam ratione abſentium, modo de rato caveat, *L. f. C. de Conſort. ejusd. lit.* vel moritur, *lite nondum conteſtata*, & tum ſi cohæredes ſunt fratres & ſorores, unus communi nomine agit præſtita cautione de rato, *l.* 35. *pr. de Procur.* (quæ jure Saxonico ad tertium usque gradum, adeoque in conſobrinis quoque admittitur, *Carpz. P.* 1. *c.* 1. *def.* 29.) Si vero vel in ulteriori gradu conſtituti, vel extranei hæredes ſint, hoc caſu omnino putarem, unum cohæredum pro ſua rata agere poſſe, neque ei obſtare exceptionem plurium cohæredum; ſane iniquiſſimum eſſet, ſi unus hæredum ideo, quod cohæres vel latitaret, vel longe abeſſet, nec ad communem procuratorem conſtituendum compelli poſſet, jure ſuo carere deberet. In ſuperfluum tamen abſentibus ex officio curator dari ſolet: ita in contradictorio judicatum in cauſa Rößing, contra die Gevettere von Rößing, in puncto conſenſus, Menſ. Dec. 1709.

Regula in præcedentibus poſita, itidem obtinet in hæredibus DEBITORIS; nam actiones Legibus XII. Tabb. paſſive quoque in hæredes eſſe diviſas, conſtat ex *l.* 35. §. 1. *de Haer. inſt. l.* 85. §. 1. *de V. O. L.* 2. *C. Si un. ex plur. l.* 5. *& tot. tit. C. de Haer. act.* quia hi quoque pro rata demum ſua repræſentant perſonam defuncti.

Exc. (1) Pignus, ex ratione antea allegata, *l.* 2. *C. Si un. ex plur. ibique Goth. Mev. P.* 5. *dec.* 68. *& P.* 7. *dec.* 402. (2) Si cauſa ſit individua, vel ſaltem ratione *actionis*; atque hinc, ſi venditoris hæredes ad præſtandam evictionem conveniuntur, unicuique in ſolidum fit denunciatio, uniusque condemnatio nocet reliquis, *l.* 85. §. 5. *de V. O.* at executio tantum fit pro rata hæreditaria, *ibid.* Vel ſaltem ratione *praeſtationis*: atque hinc, ſi homo a promiſſoris hæredibus petitur, ſinguli pro rata quidem conveniuntur, ſed unusquisque in ſolidum hominem præſtat; quia pro parte præſtari nequit, *d. l.* 85. §. 4. *l.* 2. §. 3. *eod.* Vel ratione *utriusque*, ſcil. & petitionis, & præ-

præſtationis; uti ſi opus vel factum eſt in obligatione; hoc enim ab unoquoque hæredum in ſolidum peti poteſt, quia in partes ſcindi nequit, *d. l.* 85. §. 2. & 3. *l.* 72. *pr. eod. l.* 11. §. 23. & 24. *de Leg.* 3. (3) Si in communione ſint, tunc ſufficit omnes in genere citari, & citationes ad domum inſinuari, uti Curia Halberſtadienſis judicavit in cauſa **Rößing**, contr. **Wolframsdorf**.

Certum ergo eſt, unum hæredum ratione totius debiti regulariter conveniri in ſolidum non poſſe, idque in contradictorio ita in dicta Curia judicatum fuit in cauſa **Kochs Erben**, contra **Beyers Erben**, Menſ. Apr. 1702. & d. 20. Maj. 1706. & d. 24. Febr. 1707. Indeque ſinguli citandi, omniousque citationes ſeparatim inſinuandæ ſunt, *Berl. P.* 1. *Concl.* 10. *n.* 44. Sed quia ſumma eſſet iniquitas, ſi actor cum ſingulis ſeparatim agere deberet, merito Legibus conſtitutum eſt, ut adigi illi hæredes (ſi de eorum domicilio conſtat) poſſint ad communem conſtituendum procuratorem, *arg. L.* 48. *Fam. erc. L.* 3. *c. Fam. erc.* Nam & hic quoque regula illa obtinet, quod omnis numerus eorum, qui in unius locum ſubſtituuntur, pro ſingulari perſona ſit habendus, *l.* 56. *ff. de Cond. & dem.* & quod iniquum ſit in plures diſtringi adverſarios, *l.* 27. §. *f. de Pecul. d. l.* 48. Atque hoc remedium communis procuratoris ſuppeditant *Mart. Proc. tit.* 4. §. 1. *n.* 286. *Mev. P.* 4. *dec.* 63. *Gail. L.* 1. *O.* 32. *Mynſ. cent.* 1. *O.* 9. ſi nolint communem procuratorem conſtituere, ex officio datur, *Mart. d. l.* Atque ita judicatum in cauſa **Rößing**, contra **Wolframsdorf**.

Quid ſi hæredem quidam militiæ cauſa abſint, vel alias, ubi ſint, neſciatur?

Resp. Tunc præſentes pro rata ſua reſpondere debent. *Mart. d. l. n.* 290. Atque ita in contradictorio pronunciatum eſt *in eadem cauſa.*

Qv. XIII. *Quaenam ſint actiones bonae fidei, quaenam ſtricti juris, & quae ſit hujus diviſionis ratio?*

Resp. Notiſſima eſt diviſio actionum in bonæ fidei & ſtricti juris, ex §. 28. *I. de Act.* & §. 31. *eod.* BONÆ FIDEI actiones ſunt, in quibus libera poteſtas Judici permittitur ex æquo & bono æſtimandi, quantum actori reſtitui debeat, §. 30. *I. de act.* ita, ut ea, quæ aſſidua ſunt, quæ moris & conſuetudinis, quoque æſtimentur, *l.* 31. §. 20. *de Ædil. Edict* Atque in his bonæ fidei judiciis tantum valere dicitur officium Judicis, quantum in ſtipulatione nominatim ejus rei facta nominatio, *l.* 7. *de Neg. Geſt.*

Gest. l. 24. *ff. Depos.* & hic potius quod actum, quam quod dictum, sequendum, *l.* 6. §. 1. *de Contrah. emt.* cum enim sit b. f. judicium, nihil magis bonæ fidei congruit, quam id præstari, quod inter contrahentes actum est; quod si nihil convenit, tunc ea præstabuntur, quæ naturaliter insunt judicii hujus potestati, *l.* 11. §. 1. *de Act. emt.* Adeoque hic præstatio non tam ex obligatione, quam ex officio Judicis venit, *l.* 34. *pr. Locat.* singulæ autem hæ actiones recensentur, §. 28. *I. de Act.*

STRICTI JURIS actiones sunt, ubi officium Judicis vel ad verba, vel ad literas, & sic præcise ad consensum adstrictum est; neque enim in judicium hic deducitur, quod æquum & bonum, sed quod consensu expressum est, *L.* 99. *de V. O.*

At in eo tota jam hæret quæstio, quænam sit ratio hujus differentiæ, & cur Legislatores Romani quasdam actiones bonæ fidei, quasdam stricti juris esse voluerint? ALII dicunt, actiones bonæ fidei esse; quæ coram Prætore disceptabantur, stricti juris autem eas, quæ coram Judice pedaneo, *Lindem. Exerc. Just. tit. de Act.* §. 13. propter *l.* 15. *pr. de Reg. Jur. l.* 7. *ff. Ad L. Jul. rep. Conf. Born. Disp. de Bon. fid.* ALII a formula, Judici a Prætore præscripta, causam diversitatis desumunt, & tum actiones bonæ fidei fuisse autumant, si Prætor Judicem datum jusserit ex bona fide, ex bono & æquo &c. judicare, si simpliciter & sine istiusmodi clausula datus esset, actionem stricti juris fuisse, asserunt. *Vultej. Jurispr. Rom. L.* 2. *c.* 4. §. 3. Conf. *Born. in Disp. de Bona fide.*

Novam hic tueri conabor sententiam, atque Distinctionem illam actionum *bonae fidei & stricti juris* non in civili demum, sed ipsa naturæ ratione fundari, evidentissime demonstrabo.

Actiones BONÆ FIDEI igitur sunt, quoties creditor agit ad consequendum id, quod antea ejus fuit; STRICTI JURIS vero illæ, ubi creditor agit ad consequendum id, quod antea ejus non fuit. Vid. omnino *l.* 38. §. 7. *de Usur.* ibi: *Si actionem habeam ad consequendum id, quod meum non fuit, veluti ex stipulatu, fructus non consequar.*

Veritas hujus differentiæ ex ipsa inspectione singulorum contractuum *bonae fidei & stricti juris* apparet: Omnes enim actiones *bonae fidei*, quæ recensentur in §. 28. *de Action.* supponunt creditorem, qui id, quod antea ejus fuit, repetit, adeoque, ubi debitor alieni quid tenet, uti in *commodato, deposito, pignore, locatione conductione, societate, mandato, negotiorum* ge-

gestione: Omnes vero actiones *stricti juris* supponunt *creditorem*, qui id, quod petit, antea non habuit, adeoque ubi *debitor* de suo aliquid præstare tenetur. Ita enim in *mutuo & litterarum obligatione* omnis obligatio in eo consistit, quod debitor summam, quam alteri promisit, ex propriis solvere debeat, qui ex *stipulatu* vel *pacto* 100. dare tenetur, qui *indebite* accepit, qui ex *donato* obligatur, vel ex contractu innominato, qui *legato* ex hæreditate præstare tenetur, non de alieno, sed de suo solvit, & creditores non agunt ad consequendum id, quod antea eorum fuit, sed ad id, quod antea non habuerunt. Pari ratione *fidejussor*, *correus*, *debitor chirographarius*, *mandator*, *constituens delegatus debitor &c.* non rem alterius tenent, nec creditor contra hos agit, ut rem, quæ antea ejus fuit, restituant: Sed *illi* ex suo patrimonio tenentur; *hi* vero consequuntur id, quod antea non habuere. Idem in quasi contractibus quoque ita obtinet, nam in *condictione indebiti*, (quæ stricti juris est, *vid. supr. tit. de Cond. ind. qu.* 2.) condicens repetit rem, quæ mea voluntate alterius facta est, §. 14. *Inst. de Act.* adeoque debitor de suo patrimonico solvit.

Ratio autem hujus diversitatis in aprico est. Etenim si CREDITOR agit ad consequendum id, QUOD ANTEA EJUS FUIT, debitor necessario rem alienam tenet, ipsa vero natura quoque prædoneum est, re aliena uti, cujus usus omnis ad alium pertinet; prima enim naturæ regula est, suum cuique tribuendum esse, indeque, cum debitor nihil penitus juris in illa re, nullamque adeo moralem facultatem tenendi habeat, hæc ipsa detentio contra voluntatem domini vitiosa est. *Vid. Dn. Par. Disp.* 1. *de Fin. bon. fid. Sect.* 2. §. 10. *& Disp.* 2. *de Fin. bon. fid. C.* 3. *th.* 3. *Resp.* 2.

Ille creditor ergo agit non tantum ad id, quod promissum est, sed & ad omne id, quod ei ex facto hoc detentionis injusto abest, uti de dolo, de usuris &c. Idemque non separatis, sed una eademque actione; nam hoc æquitati naturali ac bonæ fidei maxime congruum est.

Si vero CREDITOR agit ad consequendum id, QUOD ANTEA EJUS NON FUIT, tota illa injuria cessat. Non enim naturalis ratio præcipit abstinere ab usu rei suæ, licet alii debitæ, nam ex sola obligatione personæ nihil transfertur in creditorem, quam mera actio personalis, i. e. jus exigendi in judicio, omne ergo jus dominii manet penes debitorem, & creditor contra solam personam agit ex pacto. Judex igitur hic tantum judicat de eo, quod promissum est: creditor enim hic non agit ad consequendum id, quod antea ejus fuit, non quæritur, debitorem rem injuria detinere, sed contra solam personam debitoris agit, qui ex suo patrimonio solvere

tene-

tenetur: si tamen præterea æquitas sit petendi, separatis actionibus id expediri debet.

Unde simul apparet, nimium iniquos esse in JCtos Romanos, qui his imputant, quod omnem bonam fidem a stricti juris judiciis eliminaverint. Nam non statuitur in Jure, illa, quæ natura æquum est præstari, plane non peti posse, sed non posse peti ex eo contractu, vel una eademque actione, at liberum est actori, id, quod interest, separata vindicare actione, *L.* 13. *pr. Rat. rem hab. L. un. C. de Sent. quae pro eo, quod inter. l.* 3. §. 7. *& tot. tit. de Eo, quod certi loc.* Quin ideo condictiones dantur, ut condicatur id, quod sine justa causa penes alium est, *L.* 14. *de Cond. ind.* Tota igitur differentia in eo consistit, quod in negotiis *bonae fidei* contra detentorem rei alienæ, ut actione res expediatur, cum id per ambages in *stricti juris* judiciis, ubi detentio illa rei alienæ cessat, fieri debeat.

Differentia hæc actionum *bonae fidei & stricti juris*, ejusque ratio a nobis proposita confirmatur ab ipso effectu: nam ex dictis jam constat, (1) cur usuræ debeantur in negotiis *bonae fidei*, secus ac in negotiis *stricti juris*: cum enim in *priori* casu debitor rem alienam teneat, atque ex ea lucrum captet, pugnat cum æquitate naturali, aliquem fieri locupletiorem ex re aliena, merito ergo creditor agit ad consequendum id, quod ex injusta detentione debitoris ei abest. *Posteriori* casu debitor nihil alieni tenet, sed de suo obligatur, indeque quicquid ex re sua lucratur, sine vitio sibi acquirit, nec injuria hic est nisi ab interpellatione. Adeoque debitor, qui ad rei suæ, non alienæ, traditionem convenitur, ad usuras, quæ sunt æstimatio usus rei alienæ, non tenetur. Atque hoc diserte ita traditur in ante allegata *l.* 38. §. 7. *Si habeam actionem ad id consequendum, quod meum non fuit, veluti ex stipulatu, fructus* (eadem autem est ratio in usuris, *L.* 34. *de Usur.*) *non consequar.* neque iniquitas aliqua hic subest; quia sibi imputet creditor, quod debitorem rei propriæ non interpellet, eumque in mora constituat: post litem contestatam enim etiam in negotiis stricti juris currunt usuræ, *L.* 35. *de Usur.*

Sed & (2) ex his ad oculum patet ratio, cur in *legatis & fideicommissis* usuræ veniant, & hactenus bonæ fidei dicantur, *L.* 34. *de Usur. l.* 87. §. 1. *de Leg.* 2. *l.* 78. §. 2. *eod. L.* 84. *eod. l.* 3. §. *f. de Usur.* etsi actio ex testamento in aliis capitibus sit stricti juris. *Vid. L.* 5. *pr. junct.* §. 4. *& L.* 6. *pr. ff. de Jur. in lit. L.* 5. *juncti L.* 6. *de Eo, quod cert. loc.*) Cum enim legata ipso jure transeant in legatarium, *L.* 64. *ff. de Furt. L.* 77. §. 1. *de Leg.* 2. *L.* 80. *eod. l.* 44. §. 1. *l.* 86. §. 2. *de Leg.* 1. §. 2. *Inst. de Act.* nullo momento res legata videtur hæ-

redis

redis fuiſſe, indeque hæres ex fictione juris tenet rem alienam, ex qua proinde uſuras juxta regulas bonæ fidei præſtare tenetur.

Hinc quoque apparet (3) cur *actio ex ſtipulatu, qua dos repetitur*, facta ſit bonæ fidei, *L. un. pr. & §.* 1. *&* 2. *C. de Rei ux. act.* quia uxor conſequitur rem, quæ ejus eſt, cujusque domina naturalis dicitur, ſecus ac in aliis ſtipulationibus.

Sed & (4) ideo *haereditatis petitio & actiones mixtae* ſunt *bonae fidei. vid. ſupr. L.* 5. *t.* 5. *qu.* 2. *in fin. L.* 10. *tit.* 1. *qu.* 3. quia v. g. cohæres fructus ex re partim aliena percipit, adeoque rem alienam penes ſe habet, quam actor ſibi reſtitui cum omni cauſa petit.

Atque hinc (5) conſtat ratio, cur *permutatio*, & *contractus aeſtimatorius* ſint bonæ fidei, §. 28. *Inſt. de act.* etſi reliqui contractus innominati ſint ſtricti juris, *d.* §. 28. Nam in utrisque videtur debitor aliquid alieni tenere, quia permutatio ſimilis dicitur emtioni, *L.* 2. *de Permut.* æſtimatorius vero mandato, vel conducto, vel ſocietati, *L.* 1. *de Æſtim.* Unde in contractu æſtimatorio dominium non transfertur, *ſupr. L.* 19. *tit.* 3. *qu.* 2.

Porro & (6) ex ante dictis apparet ratio, cur in negotiis *ſtricti juris* non *juretur in litem*, *vid. ſupr. L.* 12. *tit.* 3. *qu.* 4. quia ſcilicet juramentum in litem tantum obtinet, quoties quis id, quod ſuum eſt, vel fuit, & ſine juſta cauſa ejus eſſe deſiit, repetit; *vid. ſupr. tit. de Juram. in lit. qu.* 4. in negotiis autem ſtricti juris creditor non petit, quod ſuum eſt, vel injuria ejus eſſe deſiit; ſed omnis præſtatio eſt ex patrimonio debitoris, de affectu autem rei alienæ nemo jurare poteſt.

Hinc apparet quoque (7) cur *actio ex teſtamento*, qua contra hæredem agitur, ſit ſtricti juris; *vid. ſupr. n.* 2. quia hæres, qui fictione juris cum defuncto pro una perſona habetur, ex defuncti bonis, adeoque de ſuo ſolvit, indeque nihil alieni tenere videtur. Cur vero actio hæc, quatenus legata & fideicommiſſa eorumque uſuræ petuntur, ſit bonæ fidei, ejus rationem dedimus *ſupr. n.* 2.

Eadem quoque (8) eſt ratio, cur contractus innominati *do, ut facias, facio, ut des, facio, ut facias*, ſint ſtricti juris, §. 28. *I. de Act.* nam in omnibus his caſibus negotium ex datione incipit, quamdiu ergo accipiens non dum dedit, nihil alieni tenet, ſed de ſuo obligatur: cur vero æſtimatorius & permutatio excipiantur, vidimus *ſupr. n.* 5.

Porro & (9) ex his conſtat, cur *condictio indebiti* ſit ſtricti juris, nec uſuræ ibi debeantur? *vid. ſupr. L.* 12. *tit.* 6. *qu.* 2. & *qu.* 20. Nam debitor, in quem res voluntate domini translata eſt, dominium rei acquiſivit, & ſic utitur re ſua, condicens autem agit ad conſequendum id, quod ejus non eſt, ſed jure ejus eſſe deſiit.

Sed & (10) in negotiis bonæ fidei *compenſationi* locus eſt, *L. f. C. de Comp.* nam ſi uterque ab altero pecuniam tenet, ſibi quaſi invicem ſolviſſe videntur, quæ ratio ceſſat, ubi unusquisque alteri de ſuo tenetur: at ex edicto Divi Marci exceptione doli repellitur creditor, qui pecuniam a me exigit, (etiam actione ſtricti juris, *d. L. f.*) ſi viciſſim mihi debet. Juſtinianus vero in omnibus negotiis, etiam ſtricti juris, compenſationem valere voluit, §. 31. *Inſt. de Act. d. L. f.*

Denique & (11) ex his conſtat, actionem *finium regundorum* eſſe bonæ fidei; *vid. ſupr. L.* 10. *t.* 1. *qu.* 3. quia is, qui fructus ex finibus confuſis percipit, rem alienam tenet, adeoque actor hic agit ad conſequendum id, quod antea ejus fuit.

An vero tanti intereſt, num actio ſit *bonae fidei*, num *ſtricti juris*?

Affirm. nam in negotiis *bonae fidei* (1) uſuræ debentur ex mora, *l.* 32. §. 2. *de Uſur.* (2) Contractus bonæ fidei, cui dolus cauſam dedit, eſt ipſo jure nullus, *l.* 7. *pr. de Dol. mal.* (3) Pactum in continenti ei adjectum, actionem inde format, *l.* 7. §. 5. *de Pact.* (4) Dolus præſtatur actione ex ipſo contractu, *l.* 9. *pr. de Dol. mal. l.* 13. §. 5. *de Act. emt. l.* 4. *C. de Haer. vend.* (5) Exceptiones inſunt, etſi non conteſtatæ, *L.* 3. *ff. de Reſc. vend. l. fin. de Haer. pet.* (6) Æſtimatio inſpicitur tempore rei judicatæ, *l.* 3. §. 2. *Commod. l.* 37. *Mand.* (7) Locus eſt jurijurando in litem, *l.* 6. *de in lit. jur.* & (8) compenſationi, *l. f. C. de Comp.* (9) Reus rem deteriorem reddendo non liberatur, *l.* 3. §. 1. *Commod. l.* 7. §. 3. *de Dol. mal.* (10) Fructus poſt litem conteſtatam veniunt etiam non petiti. *Vid. ſupr. L.* 5. *tit.* 6. *qu.* 14. (11) Cautiones ante diem venientem peti poſſunt, *L.* 88. *Pro ſoc. L.* 41. *de Jud.*

MORIBUS quoad hanc differentiam nihil mutatum apparet, *vid. ſupr. L.* 2. *tit.* 14. *qu.* 20. *in fin.* adeo, ut nec uſuræ ex ſtricti juris negotiis debeantur, licet per *Rec. Dep. de ann.* 1600. §. 152. id in ſpecie in mutuo conſtitutum ſit. *Vid. Dn. Par. Hyp. Inſt. tit. de Act.* §. 22.

Qv. XIV. *Quaenam ſint actiones arbitrariae?*

RESP. Quæ non ex contractu oriuntur, ſed ex contumacia ejus, qui aliquid facere juſſus non fecit; hic enim Judex ex æquo & bono contumacem damnat, §. 31. *Inſt. de Act.* Tales actiones ſunt (α) ſi teſtator certo loco aliquid dare jubet hæredem, nec id is facit, *L.* 5. *de Eo quod. cert. loc.* (β) Si Judex domino vindicanti reſtituere jubet rem cum omni cauſa, nec reus paret, *L.* 68. *de R. V.* (γ) Quoties ſive in interdictis, ſive in actionibus ex arbitratu Judicis aliquid reſtituendum eſt, *d. L.* 68. *in fin.* (δ) Si jubetur quis exhibere, noxam dedere, vel ſolvere, ſi rem bonæ fidei poſſeſſori reſtituere, ſi pignus ſolvere, ſi de eo, quod vi, metuque aut dolo factum, agatur, §. 31. *de Act.* Judicis igitur arbitrium in his cauſis non ex conſenſu ſeu natura negotii oritur, ut in bonæ fidei judiciis, ſed ex contumacia: indeque nervoſe dicitur in *d.* §. 31. *quod in his actionibus, niſi arbitrio Judicis is, cum quo agitur, actori ſatisfaciat, veluti rem reſtituat &c. condemnari, & Judex ex aequo & bono ſecundum cujusque rei, de qua actum eſt, naturam aeſtimare debeat, quemadmodum actori ſatisfieri oporteat.* Conf. *L.* 2. *de Eo, quot cert. loc.* *Laut. pag. 626. verb. arbitraria &c.*

Atque hinc in arbitrariis his judiciis aliquando fructus quoque veniunt, ut in actione Faviana & Pauliana, *l.* 38. §. 4. *de Uſur.* in interdicto, quod vi aut clam, *d. l.* 38. §. 11. & multo magis igitur uſuræ, ſi id æquum arbitretur Judex, *arg. l.* 34. *de Uſur.*

Qv. XV. *An plures actiones concurrentes alia aliam conſumat?*

NEG. ſive *de diverſis rebus*, ſive *de eadem re* concurrant, *L.* 130. *de Reg. Jur. L.* 60. *de Obl. & Act.* §. *f. Inſt. Si quadr. paup. ſec. dic.*

Priori enim caſu alia aliam non conſumit, quia diverſæ ſunt obligationes, diverſæ cauſæ, indeque diverſæ quoque actiones: unde quis & rem vindicare, & ejus poſſeſſionem interdicto petere poteſt, *l.* 12. *ff. de Acq. vel am. poſſ.* ita poteſt quis contra patrem ex alia cauſa de peculio, ex alia tributoria agere, *l.* 9. §. 1. *de Tribut. act.* Sed & porro, ſi eadem res mihi, & alii, cui ego hæres exiſto, vendita ſit, tum actione venditi ad commodum utriusque contractus ago, *l.* 10. *ff. de Act. emt.* Pari ratione, ſi quis mihi & alii, cui ego hæres exiſto Stichum ſtipulatus fuerit, duae actiones cumulari poterunt, *L.* 18. *de Obl. & act.*

Poſteriori caſu itidem verum eſt, una electa, alteram adhuc intentari poſſe *d.* §. *f. d. l.* 18. Nam ſi plures actiones pro *eadem cauſa* introductae ſunt, tamdiu

diu licite intentari possunt, donec restrictæ appareant: sane cum actiones tendant ad reparationem juris nostri, quamdiu jus meum nondum consecutus sum, per aliam actionem illud vindicare possum. Hinc & res, & pœna, cumulatis actionibus peti possunt, *l.* 34. *§. f. de Obl. & act.* Si quis ibi, ubi vulgo iter fit, canem &c. habeat, & libero homini nocitum sit, & ædilitio edicto, & actione de pauperie conveniri potest, *§. f. Inst. Si quadr. paup. fec. dic. L.* 42. *de Ædil. Ed.* Qui arbores furtim cædit, covenitur actione furti, actione arborum furtim caesarum, actione Legis Aequiliæ, & actione quod vi aut clam, *L.* 32. *ff. de Obl. & act. ibique Goth. L.* 1. *ff. Arb. furt. caes. L.* 25. *§.* 5. *Locat.* Qui hominem surripuit, & postea occidit, & Aquilia tenetur, & furti, *L.* 2. *pr. &* §. 1. *de Priv. del.* Si rapuit & occidit, tenetur & vi bonorum, & Aquilia, *d. l.* 2. §. 2. Si surripuit, flagello cecidit, & postea occidit, tenetur furti, injuriarum, & ex Lege Aquilia, *d. l.* 2. §. 3. *&* 4. ubi alia quoque exempla referuntur.

Idque verum est, sive actiones sint personales, sive reales, etsi de posterioribus differentia *Hottom. Ill.* 19. *&* 27. *Vid. Goth. ad d. L.* 43. *de Reg. Jur.* Ratio dubitandi Hottomanno hæc fuit, quod eadem quæstio inter easdem personas revocari non possit, *l.* 3. *l.* 5. *l.* 6. 7. *de Exc. rei jud.* & quod in actionibus realibus omnes causæ una petitione contineantur, cum una res non nisi semel mea esse possit, *l.* 34. §. 3. *de Leg.* 1.

Resp. Supponimus casum, ubi eadem quæstio nondum decisa est, quia totum nondum consecutus est actor, & adhuc actio superest. Si quis igitur æstimationem accepit, adhuc potest rem vindicare, *l.* 88. *de V. S. §.* 6. *Inst. de Legat.* Unde regula *d. l.* 42. vera tantum est de dominio, non vero de reliquis juribus in re, nam & usumfructum & pignus quis cumulatis actionibus petere potest.

Exc. I. Si actiones illæ *de eadem re* ad eundem finem tendunt, & ex una omne jus suum consecutus sit actor, tunc quia nihil amplius actori abest, tollitur altera actio *perceptione, arg. pr. Inst. de Act.* idque confirmatur per textum expressum in *l.* 7. §. *f. ff. Quod fals. tut. auct.* ibi: *perceptione ab uno facta, & caeteri liberantur, non electione. L.* 3. *&* 4. *ff. de His, qui effud.* ibi: *perceptione, non litis contestatione. L.* 18. §. *f. de Const. pec.* ibi: *solutione potius ex hac actione facta liberationem contingere, non litis contestatione. l.* 32. *pr. ff. de pecul.* ibi: *ut eos magis perceptio quam intentio liberet. l.* 1. §. 43. *Depos.* ibi: *non enim electione, sed solutione liberantur.* iniquum enim esset, idem bis petere, *l.* 57. *de Reg. jur.* Atque ita intelligendum est, quod dicitur in *l.* 53. *pr. de Obl. & act. Quod si ex una obligatione plures nascantur actiones, una tantummodo, non omnibus utendum sit;* & in *l.* 43. *de Reg. Jur.*

Quoties

Quotiens concurrunt plures actiones ejusdem rei nomine, una quis experiri debet; & egregia ratio additur in *l.* 76. §. 8. *de Leg.* 2. *Non enim ea mente plures actiones datae sunt, ut omnibus uti, sed ut laxior eis agendi facultas sit, ex una interim, quae fuerit electa, legatum petere.*

Atque hinc, si in altera actione plus est, ea cum effectu quidem intentari potest, sed tantum ad id, quod in ea actione plus est. Adeoque is, qui actione arborum furtim cæsarum, vel actione vi bonorum raptorum egit, & exinde totam præstationem ex natura actionis consecutus est, adhuc actione furti agere potest, quæ in quadruplum, adeoque in plus datur, & tunc hac actione agitur ad supplendum id, quod ex priori actione mihi deest, *l.* 1. *Vi bon. rapt. l.* 88. *de Furt.*

Exc. II. Si concurrentes actiones invicem contrariæ sunt, tunc una intentata, altera tollitur *electione*. Hinc, qui contra patrem egit actione de peculio, non potest ex eadem causa tributoria agere, *l.* 9. §. 1. *de Tribut. act.* Qui agit ad implendum contractum, non potest postea agere ad rescindendum vel contra, *l.* 4. §. 2. *de Leg. Comm. l.* 7. *eod. ibique Goth.* Ita non nisi elective concurrunt actio de peculio, & actio quod jussu, *l.* 4. §. *f. quod cum eo.* actio annalis de peculio, & actio de in rem verso, *l.* 1. §. *fin. Quand. de pecul.* actio de dote & de dotalitio, *Dn. Par. Jur. publ. C.* 28. §. 2. 25. 26. & 27.

LIB. XLV. TIT. I.

DE VERBORUM OBLIGATIONIBUS.

Qv. I. *An stipulatio sit contractus?*

Affirmatur, nam est tale negotium, quod causam continet, seu ex quo sua natura apparet συνάλλαγμα, sive animus transferendi juris. *Vid. supr. L.* 2. *t.* 14. *qu.* 9. Conf. §. *f. Inst. de Oblig.* ibi: *aut verbis, L.* 1. §. 1. *de Obl. & A. L.* 1. §. *f. de Pact.* *Laut. pag.* 626. *verb. est contractus.*

Obst. *L.* 19. *de V. S.* ubi stipulatio opponitur Synallagmati & contractui.

Resp. Vox contractus specialissime ibi sumitur pro contractu bilaterali, & hoc sensu verum est, stipulationem non esse contractum bilateralem, sed unilateralem.

Qu. II. *An stipulatio sit cautio?*

Laut. pag. 627. verb. sic per eam firmiores &c.

AFFIRMATUR. Unde differt a nudo pacto; quod egregie probat Dn. Parens *in Disp. de differ. hod. Pact. & stip. Sect.* 2. §. 1. ubi ita differit: Stipulatio non modo vim actionis, sed & cautionis habet, *L.* 1. §. 4. *ff. de stip. praet.* ibi: *& sciendum est, omnes stipulationes natura sua cautionales esse, hoc enim agitur in stipulationibus, ut quis cautior sit & securior, interposita stipulatione.* Atque hinc stipulatio vocatur in jure cautio, ut in *L. Lecta.* 40. *pr. ff. de reb. cred.* ubi dicitur: *Lecta est in auditorio Papiniani cautio hujusmodi*; & subjicitur exemplum ac formula stipulationis. Idem sit in *L.* 121. *pr. ff. de Verb. Obl.* & passim alibi in Jure stipulatio & cautio promiscue accipiuntur. Quin cum inter species cautionum sit illa, quæ fit per nudam repromissionem, hæc *repromissio* nihil est aliud, quam promissio ex stipulatione, *l.* 43. §. 4. *Pro Soc. junct. L.* 11. *de Damn. inf.* nam & ipsa *promissio* stipulatio dicitur in *l.* 7. §. 1. *ff. de Eo, quod cert. l.* 26. §. *fin. ff. de Cond. ind. L.* 12. *C. de Contr. stip. Brisson. in Lexic. voc. stipulatio.* Adeo, ut cautio damni infecti proprio nomine non aliter fiat, quam per stipulationem seu nudam promissionem, *d. L.* 11. *cum Ll. seqq.* Denique cum cautiones aliæ sint conventionales, aliæ prætoriæ, judiciales vel communes, illæ omnes sunt stipulationes, & hæc divisio cautionum dicitur divisio stipulationum in *tot. tit. Inst. de Div. stip.* Atque inde stipulatio nomen accepit, scil. a *stipulo*, quod verbo veteri firmum esse, testatur *Paul.* 5. *sent. t.* 8. indeque stipulari est *firmare*, quid autem hic est *firmare*, quam id agere, ut alter cautior securiorve fiat, i. e. cavere? Etsi ergo *Varro* & *Festus* a stipe seu ære quoque dici putent; certum tamen est, huic contractui ex priori origine nomen inditum esse, ut significaret cautionem & securitatem.

Qu. III. *Si instrumento continetur*, rogasse Mevium, spopondisse Titium, *an præsumatur stipulatio rite facta?*

Laut. pag. 627. verb. qui in dubio &c.

AFFIRMATUR, *l.* 7. §. 12. *ff. de Pact.* Sed & si sola vox stipulationis in instrumento continetur, credendum est, inter præsentes præcedentem stipulationem vocem spondentis subsecutam esse, quæ est *Lex obstans* 1. *C. de Contr. stip.*

Qu. IV. *An filius & pater invicem stipulari possint?*

Laut. pag. 628. verb. filius & pater.

RESP. Præmittendæ sunt duæ regulæ: (1) filii & patris eandem persona est in acquirendo, adeoque tantum in causis, quibus ei acquiritur. (2) Filius est instar patris, & eodem modo obligatur: non vero contra, pater est instar filii: *hic* instrumentum *illius* est, non *ille*, *hujus*.

His

His principiis positis dicimus, filium semper acquirere patri, *L.* 45. *pr. & in f. de V. O.* eique stipulari ac paciſci poſſe, *l.* 38. §. 17. *de V. O.* §. *pr. de Inut. ſtip.* quia in acquirendo habentur pro una perſona, *Phil. L.* 3. *Ecl.* 54. *Vinn.* §. 4. *de inut. ſtip.*

Exc. Factum, quod in perſonam filii collatum eſt, *L.* 130. *de V. O.* id enim patri non acquiritur.

E contrario pater filio ſtipulari tantum poteſt ex cauſis, quibus per filium ſibi acquirit; tunc enim perinde eſt, ac ſi ſibi ſtipularetur, *L.* 39. *L.* 130. *h. Conſ. L.* 2. *C. h. l.* 56. §. 3. *h.* poteſt tamen ſtipulari filio ſuo poſt mortem ſuam; quia tanquam hæredi ſtipulatur, *l.* 45. §. 2. *h.*

Quid vero, ſi ab invicem ſtipulentur?

Resp. Pater, ex qua cauſa ſibi acquirit, promittere ipſi filiof. non poteſt, §. 6. *I. de Inut. ſtip. L.* 4. *de Jud. l.* 65. §. 1. *de Fidej.* nam quia una ſunt perſona, pater, qui per filium acquirit, ſibi promitteret: ſecus ergo in illis cauſis, in quibus filius patri non acquirit, uti in adventitio extraordinario, qui jam duæ ſunt perſonæ; *d. L.* 4. Unde nec pater poteſt fidejuſſor eſſe filio; quia apud ſeipſum interveniret, *d. L.* 56.

Filiusfamilias vero, promittens patri, obligatur ei naturaliter, *L.* 38. *pr. de Cond. ind.* quia filius *obligatus* non eſt una perſona cum patre: unde & fidejuſſor patri eſſe poteſt, *d. l.* 38. *l.* 10. §. 1. *de Fidej.*

Not. Filius pro patre vel contra, apud tertium fidejuſſor eſſe poteſt.

Qu. V. *An alius pro alio ſtipulari vel paciſci poſſit?*

Negatur: Atque hinc duæ regulæ notandæ ſunt: *neminem promittere poſſe alium daturum*; quæ exſtat in §. 3. *I. de Inut. ſtip. &: quod nemo alii ſtipulari vel paciſci poſſit*; quæ habetur in §. 4. §. 18. *I. eod. L.* 11. *de O. & A.* **Laut. Pag.** 628. verb. *alius pro alio*

PRIORIS regulæ ratio in aprico eſt: cum enim unusquisque tantum in ſuas actiones, non alterius, jus habeat, de illis ſolis, non vero de his diſponere poterit; ſed & inventæ ſunt hujusmodi ſtipulationes ad hoc, ut unusquisque acquirat ſibi, quod ſua intereſt, ceterum ſi quis diſponit, ut alii detur, mea non intereſt, §. 19. *I. de Inut. ſtip.* ***Laut. pag.*** 629. verb. ***facta &c.***

Exc. (1) Si in caſum, quo non factum fuerit id, quod promiſit, pœnam ſtipulatur; tunc enim promittentis intereſt, & de re ſua diſponit, d. §. 19.

Exc.

Exc. (2) Si factum suum promittit, §. 3. *Inst. h.* scilicet, se effecturum, ut Titius daret: tunc de suo facto disponit: neque tunc sufficit, diligentiam præstari; nam licet impossibile sit, ratum facere, tamen tenetur ad id, quod interest, *l.* 73. *de Leg.* 1. *l. fin.* §. 1. *de Reb. cred. l.* 67. §. 1. *h.*

Exc. (3) Si hæredis factum promittit, *l.* 38. *pr. h.* quia eadem est persona cum defuncto.

Exc. (4) Si talis promissio sit, qua proprium factum continetur, uti regulariter in omnibus casibus, ubi indefinite factum alienum promittitur, *l.* 39. *de L. J.* & tum moribus ita fit interpretatio, ut liberetur promittens præstando omnem diligentiam. *Vid. Du. Par. Hyp. Inst. tit. de Inut. stip.* §. 4. *ibique Dd. Goris. adverf. P.* 1. *c.* 3. *num.* 10. *Vinn. ad* §. 3. *I. de Inut. stip. Fab. C. L.* 8. *t.* 26. *def.* 10.

POSTERIORIS regulæ duplex ratio est: (1) *naturalis*, quia unusquisque suo facto sibi acquirit, & ex dispositione jus tantum est inter disponentes, *L.* 11. *de O. & A.* Si vero forte alter ratum habeat, & adhuc tum consentiat promissor, valet ex propria utriusque dispositione; ante ergo recedere promissor solus quoque potest: si vero præcedat mandatum, tum duo distincta sunt negotia. (2) *Juris Gentium*, quia negotia a gentibus distincta confunduntur: si enim Cajus tibi mandet, ut ei aliquid stipuleris a Sejo, & tu ita contrahis: *Caje, Titio dare spondes?* Hic negotium stipulationis est inter te & Cajum, nihilque cum Titio agitur: quod vero Titius tibi mandavit, non est stipulatio, sed mandatum inter te & Titium, adeoque negotium ab illo, quod geritur inter te & Cajum, scil. stipulatione, Jure Gentium distinctum.

Exc. (1) Omnia negotia, quæ re seu traditione fiunt, *L.* 9. *§. p. de Reb. cred. L.* 126. §. 2. *de V. O. l.* 53. *de A. R. D.* §. *p. I. Per quas perf.* Si quis igitur nummos meos absente me & ignorante dat, condictio mihi acquiritur, *d. L.* 9. *d. L.* 126. Si alius meo nomine possidet, mihi acquirit possessionem, *d. L.* 53. etiam ignoranti, *d.* §. *p.* quia causa negotii est in voluntate & consensu, actus vero illi corpore exercentur.

Exc. (2) Si quis ut nudus minister vel nuncius contrahat, *l.* 14. §. *f. l.* 15. *de Pec. const.* nam tunc ipse per os alterius promittit, & nuncius ille nudum est instrumentum, per quod, uti per literas, promittens suam voluntatem declarat.

Exc. (3) Si stipulantis intersit, §. 19. *I. de Inut. stip.* tunc enim de suo jure disponit.

Exc.

Exc. (4) Si alius adjectus sit solutioni, ita: *mihi aut Titio dari*, §. 4. *Inst. h.* quia solutio fit traditione. *Vid. Exc.* 1.

Exc. (5) Si stipuletur sibi pœnam, §. 18. *I. de Inut. stip.* tunc enim ejus interest.

Exc. (6) Procurator ex re domini, non refragante mandato, stipulari potest, & domino, etiam invito procuratore, inde acquiritur actio, *L.* 68. *de Procur.* quia hactenus videtur esse nudus minister.

Exc. (7) Idem est, si procurator domino præsente stipuletur; qui enim tacet præsens, mandare videtur, *l.* 79. *de Verb. obl.*

Exc. (8) Si stipuletur hæredi, *l.* 38. §. 12. *seq. de V. O.* nam eadem est persona.

Exc. (9) Si stipuletur pupillis, aliisque, qui curatores habent, *l.* 5. §. *p. de Const. pec.* quia sibi ipsi prospicere non possunt, tunc ex æquitate cuique liberum est, eorum conditionem meliorem reddere.

Exc. (10.) Militi, *l.* 26. *de R. C.* in favorem militiæ.

Exc. (11) Si quis stipulatione Prætoria causa cognita alii stipuletur, *l.* 5. *de Praet. stip.* quia per publicam personam (prætoriæ autem stipulationes fiebant coram Judice) alii pacisci licet. (12) Per publicam personam, *l.* 1. §. 15. *de Mag. Conv.* etiam Jure Canonico, *C.* 9. *c.* 1. *qu.* 7. *C. fin. de Usur. in* 6. (13) Servus domino, & (14) filius patri. *Vid. qu. praeced.* An (15) pater filiofamilias? *vid. qu. praeced.*

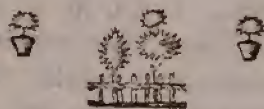
Exc. (16) Si quis stipuletur, dotem reddi uxori vel cognatis, *l.* 4. *l.* 7. *C. de Pact. conv.* *l.* 45. *Sol. Matr.* in favorem dotis.

Quid *moribus* obtineat, admodum disceptatur: Dn. Parens, ex cujus Hypomnematibus Institutionum, *t.* 20. §. 4. *ea*, quæ antea exposui, desumta sunt, ita hac de re differit: Hæc regula hodie sublata non est, & nec probari id potest, nec in terminis regulæ præjudicia contraria apparent; incidunt enim omnia in dictas exceptiones, uti apud *Sand. L.* 3. *t.* 3. *def.* 1. *Mev. P.* 4. *dec.* 112. Contra illa & certi juris est, & præjudiciis hodieque munita, *Eberhard. Praef. Cur. Mechl. Conf.* 242. & 243. quem secuta est Curia apud *Christin. Vol.* 3. *dec.* 34. *n.* 9. *Carpz. P.* 2. *C.* 33. *def.* 26. *Fach. L.* 8. *c.* 91. Eaque sublata fieret ingens confusio negotiorum, & mandatum confunderetur

funderetur cum omnibus negotiis mandatis; quæ diſtincta ſunt & Jure Gentium, §. 4. *in fin. de Jur. Nat.* & natura, *L.* 11. *de Obl. & Act.*

Qu. VI. *An hodie ſit differentia inter ſtipulationes & pacta?*

AFFIRMAT. nam (1) hodieque dantur *pacta*, ex quibus ne quidem exceptio, tantum abeſt, ut actio detur, qualia ſunt pacta de contrahendo; *vid. Diſp. Dn. Par. de Different. hod. pact. & ſtipul. Sect.* 1. *per tot. Conſ. ſupr. L.* 2. *tit.* 14. *q.* 10. & 11. *Stipulatio* ſemper producit actionem. (2) *Stipulatio* ſua natura cautio eſt, ea enim cavetur, ne vel debitor fiat non ſolvendo, eoque actio inanis, vel ne ipſa obligatio, quæ incerta forte ac minus tuta eſt, & per interpretationes ex æquo & bono deſumtas, aut ex præſumta mente contrahentium, quin & ex iis, quæ antecedant aut ſequuntur, circumſtantiis, ipſaque denique verborum ambiguitate eludi, ac vel plane interverti, vel ſaltem minui poteſt &c. deficiat. In *Pactis* vero ea vis cautionis nec hodie eſt. *Vid. dict. Diſp. Sect.* 2. *per tot.* (3) Injuncta cautione aliquando *ſtipulatio* ſufficit, nunquam vero *nudum pactum*, *ibid. Sect.* 3. §. 1. (4) *Illae* paratam habent executionem, non hoc, *ibid. S.* 3. §. 2. (5) Illæ obligationem ipſo jure tollunt; *Pacta* ope exceptionis, *dict. S.* 3. §. 3. Quantum autem interſit, *vid. ſupr. L.* 2. *t.* 14. *qu.* 18. (6) Actio *ſtipulatione* ſublata repeti pacto non poteſt, *pacto* ſublata poteſt ſtipulatione *d. S.* 3. §. 6. (7) *Illa* omnes quoque acceſſiones neceſſario liberantur, *pactis* non ſemper: *Illa* correis debendi ſemper prodeſt, hæc nunquam niſi ſociis. (8) Novatio hodieque tantum fit per *ſtipulationem*, non per *pactum.* (9) Uti & acceptilatio, & (10) fidejuſſio. (11) Si ex *ſtipulatu* quis tenetur, poſt ſolutionem ipſi actiones cedi non poſſunt, *ſi nudo pacto*, poſſunt. (12) *Stipulatio*, uti & pignus non eſt cauſa debendi, ſed ſupponit cauſam præcedentem, eamque firmat, ſecus ac in *pacto.* Unde (13) Minor ſtipulari poteſt, non paciſci &c quæ. omnia latius exponuntur in *dict. Sect.* 3. §. 7. & *ſeq.*



LIB. XLV. TIT. II.

DE DUOBUS REIS CONSTITUENDIS.

Qv. I. *Si duo eandem rem promittant, idque ex formula appareat, an praeterea requiritur, ut expreſſis verbis id adjiciatur?*

NEGATUR, ſed ſufficit, ut de animo correos conſtituendi ſpecifice actum ſit, *arg. l.* 11. §. 1. & 2. *ff. de Duob. reis. Auth. Hoc ita C. de duob. reis. Nov.* 99. *c.* 1. Idque ſatis apparet, ſi in inſtrumento, in quo omnes nominati vel ſubſcripti ſunt, expreſſum ſit, eos omnes ut correos debendi ac ſingulos in ſolidum promiſiſſe, quia tum omnia intelliguntur rite acta, donec vitium appareat, *L.* 30. *ff. de V. O.* *Laut. pag.* 630. verb. *quod nec hodie &c.*

Atque hinc non OBST. *d. Nov.* 99. & *d. Auth.* ubi in ſpecie id actum eſſe debet.

RESP. Non tamen expreſſis verbis; nam animus correos conſtituendi ſatis apparet ex verbis antea relatis. Egregie hanc rem illuſtravit B. Parens *in Diſp. de Cautione Correali* § 6. & 7. Verba ejus hæc ſunt: Fiunt autem Correi debendi, quoties id ſpecialiter agitur, ut plures idem in ſolidum & pari jure debeant, isque animus ſatis apparet, *arg. l.* 11. §. 1. & 2. *ff. de duob. reis.* quod ipſum etiam novo jure cautum eſt *in auth. Hoc ita. C. de duob. reis. Nov.* 99. *c.* 1. Unde fruſtra fere quæri videtur, an olim, vel hodie expreſſa verba ad Correorum conſtitutionem neceſſaria fuerint; id enim tantum requiritur, ut de animo correos conſtituendi ſpecifice actum ſit, *d. Ll.* quod ipſum in ſtipulatione quidem verbis ore prolatis, *L.* 1. *pr. l.* 74. §. 1. *ff. de Verb. obl.* in cæteris vero contractibus, eodem modo, uti alia placita, juſtis pactis apparet. *vid. L.* 15. *ff. Conſt. pec. L.* 4. *ff. de fid. inſtrum. l.* 2. §. 1. *de O. & A.* neque conſtans hæc contrahentium mentem cognoſcendi ratio, ullibi hac in parte mutata reperitur: Hactenus ergo correi, tum in quocunque contractu, tum & in teſtamento fieri poſſunt. *l.* 9. *pr. ff. de duob. reis. l.* 16. *de Leg.* 2. Quin imo ſententia quoque judicis correi efficiuntur, quoties id in ea adjectum apparet. *L.* 1. *C. ſi plur. una ſent.* Huc vero non pertinent ii, qui non cautionis cauſa, ſed vel ex rei natura, ut in obligatione, quæ in facto conſiſtit, *l.* 5. *§. f. ff. Commodati* vel juris aliqua neceſſitate, tantum ſolidum debent. *vid. l.* 11. §. 2. *ff. ad L. Aquil.* Quando autem per ſtipulationem correi fiunt, (quo modo gemina cautio

 con-

concurrit. *sup.* §. 2. & 3.) requiritur, ut post creditoris rogationem, seu stipulationem singuli correi separatim ipsi respondeant; quæ satis nota sunt ex *princ. inst. de duob. reis.* Non satis vero ab aliis distinguuntur voce Selbstschuldner, nam & fidejussores ita dici possunt sed voce Hauptschuldner, vel, quod tutius, ipso nomine correorum expresso. Denique correorum par est conditio: unde, si disparitas temporaria est, interim, si perpetua, semper obstat ne sint correi. *L.* 9. §. 1. & 2. *ff. de Duob. reis.*

Usus idem est ut in stipulatione, & fidejussione, scil. si instrumento, in quo omnes nominati, vel subscripti sunt, expressum sit, eos omnes ut correos debendi, ac singulos in solidum promisisse, omnia intelliguntur rite acta, donec vitium appareat, *l.* 30. *ff. de Verb. Obl. & sim.* hæc fere formula: Wir Endesbenannte, (vel potius cujusque Correi nomine expresso), geloben ein jeder in solidum, als Hauptschuldner oder Correi, dieses alles stet, fest und unverbrüchlich zu halten ꝛc. Addi vulgo solet, sammt und sonders, einer für alle und alle für einen, unzertheilt ꝛc. Sed hæ formulæ inferant tantum obligationem in solidum; quæ fidejussoribus quoque communis est.

Qu. II. *An in mutuo quoque correalis obligatio constitui possit?*

Laut. pag. 630. verb. mutuum &c.

AFFIRM. quod fit, si plures accipiunt mutuum, & promittunt, unumquemque in solidum debiturum, *L.* 2. *L.* 4. *C. h.*

OBJ. *L.* 5. *C. Si cert. pet.* ibi: *Si non singuli in solidum accepta mutua quantitate, vel stipulanti creditori sponte vos obligastis, vel intercessionis nomine hanc pro reo suscepistis obligationem, frustra veremini, ne ejus pecuniae nomine vos convenire possit, quam alii mutuo dedit.*

RESP. Non correi ibi sunt, sed creditor ait, singulis pecuniam in solidum esse datam, quod debitores intra biennium negant; unique soli solutam esse contendunt, ibi ergo non est una correalis obligatio, sed unum mutuum. *Conf. dict. Disp.* §. 6.

Qu. III. *An novatio unius correi credendi noceat reliquis?*

Laut. pag. 630. verb. & novatio &c.

AFFIRMATUR *l.* 31. §. 1. *ff. de Novat.* quia novatione ipsum debitum exstinguitur, quo sublato nulla obligatio personalis remanere potest. In correali autem obligatione unum saltem est debitum pecuniæ numeratæ, *L.* 3. *ff. de duob. reis.* §. *fin. de Lit. obl. l.* 9. §. 9. *de Duob. reis &c.* Repugnaret igitur,

tur, perſonam eſſe obligatam, & debitum non ſubeſſe. *Conf. d. Diſp.* §. 11. & 15.

Obst. *L.* 25. *ff. de Novat.* ubi novatio negatur eſſe ſimilis ſolutioni.

Resp. A parte *debitoris* quoad effectum tollendæ obligationis plane comparantur, ſed a parte *creditoris* intereſt, nec ſemper is, cui ſolvi poteſt, etiam acceptum ferre & novare poteſt. Ita enim adjecto ſolutioni &c. recte ſolvitur, qui tamen novare non poteſt, *L.* 10. *ff. de Solut. dict. Diſp.* §. 16. & 17.

At vera hæc ſunt, ſi correi credendi ſocii non ſunt: nam ſi ſocii ſunt, tunc ideo non nocet, quia actione pro ſocio indemnes præſtantur. *Vid. d. Diſp.* §. 13. Sed an factum correi ipſo jure nullum ſit, in ambiguo eſt: & quidem, ſi correo ſocio *ſolutum* ſit, valet, *d. L.* 31. quia ejus pars ſociis actione pro ſocio ſalva eſt; at *novare* vel *acceptum ferre* nequit, quia communia ſociorum jura quoque auferret, *L.* 27. *pr. ff. de Pact.* quem textum de ſociis agere, tum ex principio ejus, tum ex rationibus textus apparet. Adeoque *tollere* correus facto ſuo obligationem poteſt, *mutare* in aliam in præjudicium ſocietatis non poteſt. Conf. *dict. Diſp.* §. 22. Ratio hujus rei inde forte eſt, quod ſocii creditores non videantur voluiſſe jus ſuum perdere ex alterius nutu, nec conditionem deteriorem, ſed ſecuriorem reddere, adeoque factum tantum ſolutionis ſtipulati fuiſſe.

Qu. IV. *An pactum rei noceat correo?*

Negatur. *Vid. ſupr. L.* 2. *t.* 14. *qu.* 8.

Qu. V. *An ſufficiat unius correi interpellatio ad interrumpendam in genere praeſcriptionem?* *Laut. pag.* 630. *verb. Non etiam &c.*

Affirm. id *B. Parens in Diſp. de Cautione correali* per *L. fin. C. de duob. reis*, quoniam omnium idem debitum eſt; quo rite petito, non poteſt currere præſcriptio: rite autem omnino petitur ab eo, qui verus debitor in ſolidum eſt. Et cum præſcriptio requirat continuum ſilentium, & unice contra negligentem currat, *L.* 3. *C. de praeſcr.* 30. *ann.* nec ſiluit, nec negligens fuit, qui ab uno correorum petiit. Denique non tenetur creditor ab omnibus petere, ſed unum eligere poteſt. *L.* 3. §. 1. *de duob. reis.* Igitur non nocebit ei omiſſio ejus, quod non tenebatur agere, *L.* 151. *de R. J. arg. L.* 8. *pro emtore.* Idemque verum eſſe exiſtimamus, etſi correi ſocii ſint; quia tamen adhuc in ſolidum ab uno peti poteſt, *L.* 27. *pr. de pact.* Sane, ſi id agi con- *Laut. pag.* 630. *verb. Si unius praeſcriptionem &c.*

conſtet, ut tantum pars ab uno exigatur, ratione partis interrupta videbitur præſcriptio; quo ſenſu vera eſt ſententia *Theſſauri Deciſ.* 203. (*Conſ. ſupr. tit. de Uſuc. qu.* 26).

Qu. VI. *An quod unus correorum accepit, alteri communicare debeat?*

Laut. pag. 630. verb. *neque quod.* Præmittendum eſt I. correalem obligationem eſſe cautionem, indeque requirere cauſam, cui accedat: quæ ſi non ſit, ipſo jure quidem ſubſiſtit cautio, ſed ob deficientem debiti cauſam infirmatur oppoſita doli exceptione, *l.* 2. §. 3. *de Dol. mal. exc. dict. Diſp.* §. 8. *&* 9. hæc cauſa vero ad unum ſolum pertinere poteſt, & hactenus hic ſolus debitor, hujusque ſolius negotium erit, *ibid.* §. 10. II. In correali obligatione plures quidem eſſe obligationes perſonales, ſed unum duntaxat debitum: cum enim unusquisque correus in ſolidum ſit obligatus, neceſſario tot ſunt obligationes perſonales, quot perſonæ, *L.* 9. §. *f. de Duob. reis.* adeoque, una ſublata, reliquæ manent. At unum tantum debitum eſt pecuniæ numeratæ, tam mutui, quam ſtipulationis, *L.* 9. *pr. ff. de Pact.* Idem enim debitum, quod in mutuo eſt, etiam in ſtipulationem deductum, atque adeo unum idemque utrius negotii debitum eſt. Unde ſequitur, debito legitimis modis extincto omnes correos ex utraque cauſa liberatos eſſe, quæ ſunt verba *d. Diſp.* §. 11.

His jam Principiis poſitis, ad quaeſtionem propoſitam reſpondeo, cum Dn. Parente in *d. Diſp.* §. 42. correos nullum unquam regreſſum invicem habere, ſed omnem regreſſum eſſe ratione ejus, ad quem cauſa principalis pertinet, & cujus negotium hactenus geritur; atque ex hac diſtinctione inter correalem cautionem & ejus cauſam difficillima haec controverſia plana fit: cum vero Dominus Parens more ſuo ſolide eam pertractaverit in *d. Diſp.* §. 44. verba ejus hic referam; ita vero ait:

Dicimus igitur (I.) quidquid unus correorum ſolvit, a Sempronio correo, ad quem cauſa principalis, v. g. mutuae pecuniae, pertinet, actione mandati, vel negotiorum geſtorum repeti poſſe, vel, quod exigit, eidem reſtitui debere: hujus enim Sempronii eſt negotium principale, cujus cauſa cautio realis interpoſita eſt: ſi ergo correi reliqui in hoc negotium ſolvunt, ſunt utique manifeſti geſtores negotii alieni, ſc. Sempronii, adeoque negotiorum geſtorum actionem contrariam indubie adverſus Sempronium habent, uti &, ſi unus correorum credendi exigit, quod Sempronius correus ſolus mutuum dedit, huic actio negotiorum geſtorum directa competet, neque id dubium videri poteſt. Idem apparet ex *L.* 2. *C. de Duob. reis.* ubi cauſa ſtipulationis cor-

correalis fuit pecunia communiter mutuo accepta in verbis: *Cum quo communiter mutuo pecuniam accepisti*, adeoque negotium principale utrique correo est commune, invicem ergo habent actionem communi divid. non ratione correalis obligationis, sed ratione caussae & ex negotio principali, sc. ex communione, unde liquet, quantopere hallucinetur *Faber. d. l.* qui vocem *communiter* expunctam vult, in qua tamen cardo decisionis vertitur. Add. *l.* 4. *C. eod. l* 12. *C. de Reb. Cred.* Atque ita fidejussores quoque, qui sunt verissimi correi inter se, si quid solverant, a reo, cujus negotium est, repetunt, non vero ab invicem, nedum reus a fidejussoribus, non enim horum, sed rei negotium est.

Dicimus (II.) correos, Sejum & Cajum, quorum causa, seu negotium principale non est, (sc. quia pecuniam mutuam non acceperunt, vel dederunt, sed solus Sempronius), invicem agere nullo modo posse, non magis, quam fidejussores invicem possunt, uti modo dictum. Neque vero dici possunt, alterius negotium gerere, cum constet, negotium mutui esse solius Sempronii, adeoque ex eo tantum contra istum agere possunt; ratione stipulationis correalis autem quilibet correus ex ea solvens suum negotium gerit, cum unusquisque correorum ex stipulatu sit ipse debitor principalis,. & in solidum. Neque fingi potest, correum hactenus reliquorum negotium gerere, quia illi quoque liberantur: nam & reus principalis solvendo liberat fidejussores suos, neque tamen ille fidejussorum suorum, sed suum negotium solvendo gerit: correus autem est reus principalis. Reliqui ergo correi liberantur ex necessitate Juris, & per consequens, non vero, quod alterius correi solutio reliquorum negotium fuerit.

Sed & post solutionem ab uno vel uni factam nihil plane amplius interest reliquorum correorum, qui pecuniam neque dederunt, neque acceperunt; quia illi tantum cautionis ergo intervenerunt, quæ cessat debito soluto vel sublato. Quin non possunt illi citra manifestam injuriam agere vel conveniri facta illa solutione, nam nec agere vel repetere partem pecuniæ solutæ possunt, quia nullam dedere mutuam; nec reperi ab iis pecuniæ pars potest, quia nullam accepere mutuam. Atque huc sane collineasse videntur illi, qui distinxere inter correos ex causa lucrativa, & onerosa, quia viderant, quandoque correos aliqud accepisse vel dedisse. *Vid. Struv. Syntagm. J. Civ. Exerc.* 47. *th.* 28. Sed nec quadrat huc illa distinctio, nec fontem rei aperit, sed rationem juris potius involvit. Quin, si ex venditione uni Sempronio facta, adeoque ex causa onerosa plures correi fiant, regressus nemini datur, nisi Sempronio, vel contra Sempronium; & si ex causa lucrativa v. g. donationis, ipsi, vel ab ipso aliquid promissum, pluresque ideo rei facti sint, ad-

adhuc ei soli, & in eum regressus dabitur: adeoque hoc discrimen omnino fallit. nec ex eo res intelligitur. Denique patet, neglectam esse veram distinctionem cautionis correalis, ejusque causæ, ex ea vero omnia sponte fluere, ac intelligi.

Qu. VI. *An socii hic sint omnes, qui duo rei stipulandi facti sunt ex causa onerosa?*

Laut. pag. 630. verb. *quales hic sunt.* NEGATUR; nam onus sæpe, quin plerumque tantum in persona unius correi est, adeoque tum non possunt ratione oneris socii videri. Quin cum onus commune est omnium, non ideo repetitio datur, quia socii, sed ideo, quia is, qui exigit, vel solvit, respectu causæ ac debiti principalis aliorum negotium gerit. Vid. late *Dn. Par. in dict. Disp. de Caut. corr.* §. 14. & §. 43.

Qu. VII. *An excussio locum habeat inter correos debendi?*

Laut. pag. 631. verb. *neque hic &c* NEGATUR; quia omnes sunt æque principales, adeoque frustra peteretur, principalem prius excutiendum esse, *L.* 5. *C. Si cert. pet. L.* 4. *C. h.*

OBJ. *L. f. C. de Divid. tut.*

RESP. Agitur ibi de tutoribus, quorum unus gessit; tunc enim is, qui gessit, prior conveniendus est, tanquam gestor principalis, at correorum obligatio non æstimatur ex re & gestione, sed ex verbis.

Moribus beneficium excussionis locum habere, eumque, qui debitor est in negotio principali, prius conveniendum esse, sunt, qui tradunt, *Carpz. P.* 2. *C.* 18. *def.* 10. *Fab. C. L.* 8. *t.* 27. *d.* 3. *n.* 6. Sed ita tolleretur omnis differentia inter fidejussorem, & tota hæc ac egregia cautio enervaretur. Neque salva ratione talis correus pro fidejussore haberi potest; quia aliud & in specie id placitum, ut correus habeatur pro principali.

OBST. *Nov.* 99. ubi correis beneficium excussionis datur.

RESP. *Vid. supr. ad Praef. q.* 5. & *dict. Disp.* §. 54.

Qu. VIII. *An, si creditor ab uno correorum virilem tantum portionem exigat, adhuc ab eo solidum petere possit?*

Laut. pag. 631. verb. *nisi partem solvens &c.* AFFIRMATUR; quia non renunciat reliquo, qui partem exigit, *L.* 8. §. 1. *de Leg.* 1. *L.* 3. *Fam. erc. L.* 23. *C. de Fidej.* nam & nemo jus

summ

ſuum remittere, jactare aut repudiare præſumitur, *L.* 25. *pr. ff. de Probat.* Sane creditori jus ſolidi tamdiu ſalvum eſt, donec probetur, eum id remittere voluiſſe; non vero probatur ex ſola acceptatione partis, *d. L.* 8. *d. L.* 23. Sed præſumitur potius, eum accepiſſe partem animo minuendi, atque ita per partes facilius conſequendi debiti, *dict. Diſp. de Caut. Correal.* §. 54.

Obst. (1) *L.* 18. *C. de Pact.* ibi: *Si creditores veſtros ex parte debiti admiſiſſe quenquam pro ſua ſolventem probaveris, Praeſes, ne alter pro altero exigatur, providebit.*

Resp. Ibi partem ſolvens expreſſe dicit, ſe ſolvere *pro ſua perſona*, & creditor accipiens huic non contradicit, adeoque his verbis *pro ſua perſona* neceſſario infertur renunciatio ſolidi, *d. Diſp.* §. 55. *ſeq.*

Obst. (2) *L.* 16. *C. de Fidej.* ibi: *poſt litem conteſtatam petitionem diviſam redintegrari, juris ratio non patitur.*

Resp. Loquitur textus de beneficiis fidejuſſorum, quæ ad correos non pertinent: nam liberum fuit creditori contra unum fidejuſſorum in ſolidum agere, etſi tunc quoque obligatio in portiones dividatur, *L.* 3. *C. eod.* Si omiſſo hoc beneficio omnes creditores conveniantur, tunc non datur regreſſus ad unum; nam jus eligendi poſt litem conteſtatam ceſſat, *Goth. ad d. L.* 16.

Dissent. *Pruckm. Vol.* 1. *conſ.* 7. & 8.

Qv. IX. *An hodie correi habeant beneficium diviſionis?*

Affirmatur; at non ex *Nov.* 99. quæ plane non de correis, ſed de mutuis fidejuſſoribus loquitur. Interim verum eſt, praxi correis competere beneficium hoc, eoque plurimum efficaciæ cautioni correali detractum eſſe. Unde ſpeciali renunciatione hic opus eſt. Vid. *dict. Diſp.* §. 53.

Qv. X. *Quis probet alterum correum non eſſe ſolvendo?*

Resp. Actor; quia fundamentum ſuæ intentionis probare debet, *pr. Inſt. de Replic.* *Laut. pag.* 631. *verb. quod actor probet.*

Obst. *L.* 10. *de fidej.* ubi ſi dubitat actor, cautio a correo convento offertur.

Resp. (1) pacto ita convenit; (2) Id fit ultro, non vero cautionem offerre tenetur.

Qv. XI *An, si correus correo succedit, confusione tota exstinguatur obligatio?*

Laut pag. 631. verb. etiam ficta solutione &c.

Negatur, *Vid. infr. tit. de Solut. qu. fin.* §. 17. & *Disp. Dn. Par. de Caut. Correal.* §. 37. *seq.*

Qv. XII. *An correus, qui totum debitum solvit, partem repetere possit utili negotiorum gestorum?*

Laut. pag. 631 verb. ex aequitate &c.

Resp. Quid Jure communi obtineat, *supra qu.* 5. exposui, distinguendo inter *correalem cautionem*, & ejus *causam*, v. g. Sempronio mutuam pecuniam dedisti, & iste, ac Sejus, & Cajus ut correi pro mutuo spoponderunt: Sejus, vel Cajus, si conveniuntur, regressum habent contra solum Sempronium, cujus solius causa vel negotium est, quod correi quasi gerunt, non inter se; Sempronius si convenitur, nullum.

Non ergo ex ficta æquitate utilis actio negotiorum hic obtinet; non contra Sempronium, quia vera actio negotiorum gestorum vel mandati contra eum datur: nec contra reliquos correos, quia eorum negotium non est, cum unusquisque correorum sit debitor principalis & in solidum, uti *supr. qu.* 5. demonstratum est. Conf. *B. Par. Disp. de Caut. Corr.* §. 41. ubi varie dissentiunt Doctores.

Qv. XIII. *An unius mora noceat alteri?*

Laut. ibid. 631. verb. unius mora &c.

Negatur, *l.* 32. §. *p. ff. de Usur.* mora enim alii nocere non debet, *C.* 25. *de R. J. in* 6. cum per culpam committatur, *L.* 21. *seq. ff. eod.* culpæ autem effectus autorem excedere non potest, *L.* 155. *pr. L.* 75. *ff. de R. J. Vid. Disp. de Caut. corr.* §. 52.

Idque non tantum verum est ratione usurarum & fructuum, ne correus ex mora correi teneatur ad eorum restitutionem, sed &, ne interitu rei liberetur, *d. Disp.* §. 53.

Obj. *L.* 18. *ff. h.* ubi factum correi reliquis nocet.

Resp. Agitur ibi de facto, quo res debita interit: hoc omnibus nocet, quia rem afficit. *Vid. d.* §. 53.

Qv. XIV.

Qv. XIV. *Si creditor ab uno correorum virilem portionem exigit, an adhuc ab eo ſolidum petere poſſit?*

Equidem id negat *Frid. Pruckmannus*, conſcriptis duobus prolixis conſiliis *in Vol.* 1. *Conſ.* 7. & 8. & defendit in theſi quoque, quod Creditor, accepta ab uno correorum virili portione, jus ſolidi amiſiſſe intelligendus ſit, idque communi Dd. calculo receptum putat; *d. conſ.* 7. *n.* 11. & *d. conſ.* 8. *n.* 11. atque una ſubjungit, inclytam Facultatem Jurid. Viadr. adverſæ partis patrocinium ſuſcepiſſe. Nec hoc ſane mirum, ſi quæſtio in theſi proponatur; certo enim conſtat, quod creditor, partem debiti accipiens, non videatur renunciaſſe juri ſolidi, ſed reliquum adhuc exigere poſſe, *pr. l.* 8. §. 1. *ff. de legat.* 1. ubi id ipſum in hac ſpecie correorum quoque afferitur. Idemque diſerte cavetur in *l.* 23. *C. de fidejuſſ.* nam & nemo jus ſuum remittere, jactare, aut repudiare præſumitur, *per text. expr. in l.* 25. *princ. ff. de Probat. & ibi Dd.* Equidem creditori jus ſolidi tamdiu ſalvum & integrum eſt, quoad manifeſte probetur, eum illud remittere voluiſſe: quod nullo modo probatur ex ſola acceptione partis debiti tum per allegatos textus expreſſos *in d. l.* 8. §. 1. & *d. l.* 23. tum, quia accipere partem potuit animo minuendi, atque ita facilius per partes conſequendi debiti, & hoc ergo, non vero remittendi, & repudiandi juris ſui voluntas præſumitur *per d. l.* 25. Quæ tam certa & manifeſta ſunt, ut fruſtra hanc theſin Ampliſſ. Facultatis impugnaverit *Pruckmannus*; quam & prolixius defendunt, & communem eſſe Dd. ſententiam docent *Koeppen. P.* 1. *Dec.* 56. *n.* 16. & *ſeqq. H. Piſtor. l.* 1. *quaeſt.* 9.

Neque adverſatur *l.* 18. *C. de Pact.* nam e contrario ibi correis debendi, expreſſe probatio injungitur, creditores ex parte debiti correum pro ſua Perſona ſolventem admiſiſſe, in verb. *Si creditores ex parte debiti admiſiſſe quenquam, pro ſua perſona ſolventem probaveritis &c.* His enim verbis: *pro ſua perſona*, neceſſario infertur renunciatio ſolidi; quia creditor, qui admittit ut correus pro ſua (adeoque non pro alterius correi) perſona ſolvat, ille manifeſte plures perſonas in ſolutionem admittit, & quemque pro ſua perſona, ſeu viritim ſolvere concedit. Si ergo correus hoc probaverit, quod creditor correum non modo partem, ſed & *pro ſua perſona* eam offerentem, admiſerit, ſatis probavit, eum admiſiſſe partes pro perſona, ſeu quod idem, viritim.

Si itaque in ſpecie a Pruckmanno allata, aliunde, quam ex ſola exactione partis ille animus probari potuit, nemo contradicet: Allegat creditorem 5. Epiſtolis, ad duos correos emiſſis, ita ſe declaraſſe, & in quarta ex-

expresse scripsisse; Er begehre von C. nur die Bezahlung seiner Portion und Antheils. Imo creditorem noluisse jus jur. calumniæ, ea de causa sibi delatum, præstare. Hæc, si vera sunt, de illa specie & causa nemo litigabit.

✳✳✳✳✳✳✳✳✳✳✳✳✳✳✳✳✳✳✳✳✳✳✳✳✳✳✳✳✳✳✳✳✳✳✳✳

LIB. XLVI. TIT. I.

DE

FIDEJUSSORIBUS ET MANDATORIBUS &c.

Qv. I. *An fidejussiones hodie consensu nudo contrahantur?*

Laut. pag. 632. verb. *etiam nudo.* NEG. sed tunc vel mandatum erit, vel constitutum. *Vid. Dn. Par. Disp. de Us. & diff. hod. pact. & stipul.* Uti igitur Jure Communi hæc negotia distincta sunt a fidejussione, ita hodie nihil hactenus mutatum apparet, *Dn. Par. Hyp. Inst. h. t.* §. 2.

Obst. hodie ex omni nudo pacto actionem dari.

Resp. Hoc verum est de iis pactis, unde Jure Civili sola exceptio dabatur, secus ac in illis, ubi Jure Civili actio datur, at præter consensum aliæ solennitates requiruntur: hæc enim forma negotiorum hodieque durat, hinc omnes illæ differentiæ, quæ olim inter pacta & stipulationes intercedebant, moribus obtinent. *Vid. dict. Disp.* Add. *supr. L.* 1. *t.* 14. *qu.* 10. 11. *&* 17.

Qv. II. *An fidejussor, qui ultro a marito datur uxori in securitatem dotis, obligetur?*

Laut. pag. 633. verb. *item uxor.* NEGATUR: *tot. tit. C. Ne fidej.* Unde in *L.* 1. *C. Theodos. eod.* additur: *fidejussores datos liberari.* Causa est, quia turpe videtur uxori alienam fidem præferre marito, & ne diffidentia causæ generetur in connubio, *arg. L.* 17. *in f. de Test. tut. l. p.* §. 1. *de Pign.* Sed pignora dare maritus potest, *l.* 7. §. 6. *de Don. int. Vir. & Ux.* quia præ allegatæ rationes cessant, *arg. d. L.* 17. *& L. p.* ubi satisdatio contumeliosa habetur, non pignora.

Dis.

Dissentit. *Carpz. P. 2. C. 42. d.* 16. qui putat, maritum quidem non teneri dare, ſed ultro tamen datos obligari. Verum id juris communis eſt, quod non cogatur dare, nec in eo quid ſingulare.

Qv. III. *An fidejuſſio ſupponat obligationem, cui accedat?*

Affirm. quia eſt acceſſio, quæ non poteſt eſſe ſine principali. *Laut. pag.* 633. *verb. objectum, eſt &c.*

Obst. §. 3. *I. h. l.* 6. §. *f. h.* ubi etiam futuro debito poteſt accedere fidejuſſor.

Resp. Sed tunc tacite fidejuſſioni ineſt conditio, ſi ſcil. debitum exſtiterit. Effectus eſt, ne pendente conditione fidejuſſor pœnitere poſſit.

Qv. IV. *An fidejuſſor accedere poſſit obligationi mere civili?*

Affirm. *Lauterb. p.* 633. Verum, cum debitum mere civile non ſit Jure Gentium, ſeu natura debitum, rectius dicimus, fidejuſſorem ei accedere non poſſe. *Laut. pag.* 633. *verb. Sive civilis &c.*

Ipſe Lauterbach. id fatetur, dum ait, *huic tamen accedens fidejuſſio ineſficax eſt*; paria autem ſunt, non valere fidejuſſionem, & efficacem non eſſe: ſane cum nulli effectus debiti hic locum habeant, nec hic effectus, quod acceſſiones valeant, locum habere poterit. *Vid. ſupr. Tit. de Pact. qu.* 39. *Tit. de Conſt. pec. qu.* 9. *& Tit. de Pign. Act. qu.* 2.

Qv. V. *An obligationi, a pupillo ſine tutore contractae, poſſit accedere fidejuſſor?*

Affirm. *L. de Fidej. L.* 127. *de V. O. arg. l.* 95. §. 4. *de Solut.* *Laut. pag.* 633. *verb. contractui pupilli &c.*

Obst. quod pupillus ſine tutore contrahens, nec natura obligetur, §. 9. *Inſt. de Inut. ſtip.*

Resp. Exceptio eſt, quoties agitur de præjudicio tertii. *Vid. ſupr. tit. de Pact. qu.* 30.

Qv. VI. *An valeat fidejuſſio accedens obligationi contractae a foemina absque conſenſu curatoris?*

Affirm. nam ipſa fœmina ſaltem prohibetur contrahere ſine conſenſu curatoris, nullibi vero prohibetur fidejuſſor pro tali obligatione intercedere. *Laut. pag.* 634. *verb. aut moribus noſtris &c.*

cedere. Deinde fœminæ contractus effectum non habet, id eſt, civiliter ea non obligatur, ſed naturalis tamen obligatio omnino ſubeſt, *arg. L.* 13. *de Cond. ind.* ibi: *& fidejuſſor pro ſervo accepto tenetur.*

Obst. (1) Quod obligatio principalis, ſcil. ipſius fœminæ nulla ſit, adeoque rei, quod non eſt, accedere nihil poteſt.

Resp. Eadem hic ratio eſt, quæ in pupillis: in præjudicium *foeminæ* non valet obligatio, at valet omnino in præjudicium *tertii* fidejuſſoris.

Obst. (2) *arg. l. un.* §. 15. *C. de Rei ux. act.* ubi uxoris obligatio eſt ipſo jure nulla ex ratione, ne fragilitate naturæ ſuæ in repentinam deducatur inopiam.

Resp. Loquitur de alienatione fundi dotalis, quæ Lege prohibita eſt, adeoque omnis obligatio hic deficit: ſecus ac in alienationibus reliquarum rerum, ubi ſola actio tollitur propter deficientem conſenſum curatoris: adeoque obligatio naturalis hic ſubeſt.

Qu. VII. *An fidejuſſor, majorem quantitatem promittens, quam reus principalis debet, teneatur ad ſummam concurrentem, an vero fidejuſſio in totum ſit nulla?*

Laut. pag. 634. verb. *nam ſi plus &c.*

Resp. Regula eſt: Quod fidejuſſor non poſſit in plus obligari, quam reus principalis debet; quia eſt acceſſio, quæ non poteſt eſſe major principali, quæ ratio allegatur in §. 5. *Inſt. h.* idque ita traditur in *l.* 8. §. 7. *h. l.* 49. *in fin. h.*

Equidem ſemper plus videtur in fidejuſſione, quia cautio eſt: at id ſaltem ratione ſecuritatis verum eſt: ea enim natura negotii hujus eſt, ut ſecurior fiat obligatio: cæterum obligatio utrobique eadem eſt; uterque enim eandem quantitatem promittit.

Si quis igitur majorem ſummam fidejubendo promittit, an tota fidejuſſio nulla eſt? Diſtinguit Lauterb. h. an quis rogatus ſit, fidejubere in ſummam concurrentem, & is majorem promiſerit, an vero quis rogatus majorem quantitatem ſtipulatus ſit: *priori* caſu valere fidejuſſionem quoad ſummam concurrentem, *poſteriori* totam nullam eſſe. Sed cum hæc diſtinctio ſit mere divinatoria, textusque Juris de qualicunque rogata loquantur, ac ratio, quæ allegatur in *L.* 33. *Mand.* utrobique eadem ſit ſimpliciter dicimus, ſemper eam valere quoad ſummam concurrentem; (1) quia in ſtipula-

pulationis negotio tot ſunt ſtipulationes diverſæ, quot res vel ſummæ, *l.* 29. *pr. de V. O. l.* 83. *§.* 3. *voce*: *ſemper. l.* 140. *pr. eod. l.* 34. *de Ædil. Ed.* utilis autem per inutilem non vitiatur, *l.* 1. §. *p. eod.* (2) Cui obligationi vitium non ineſt, illa vitiari nequit; atqui obligationi in minorem ſummam nullum vitium ineſt; ergo &c. *Minor probatur*, quod vitium ineſt ſoli exceſſui, illud non ineſt concurrenti ſummæ; hoc vitium ineſt ſoli exceſſui; ergo &c. Sane cum obligatio in concurrentem ſummam & in exceſſum ſint duæ diſtinctæ obligationes, ſequitur, quod defectus, qui ſoli ineſt obligationi in exceſſu, non inſit obligationi in ſumma concurrente; non poteſt ergo vitium, quod eſt in exceſſu, vitiare obligationem in ſumma concurrente, in qua vitium non eſt, nec vitioſa poteſt dici ſtipulatio, niſi illa, in qua vitium eſt, quæ non eſt in ſtipulatione ſummæ concurrentis, ſed excedentis. (3) Quod ratio certa demonſtrat, id confirmat quoque textus expreſſus in *l.* 1. §. 4. *de V. O.* ubi, ſi ſtipulanti mihi 10. tu 20. ſpondeas, valet ſtipulatio in 10. adeoque in ſummam concurrentem. Idque (4) in aliis Juris materiis ita obtinet. Sic enim in *conſtituta pecunia* is, qui 200. conſtituit, cum 100. ſaltem debeantur, tenetur ad 100. Ita *mandato* mandans tenetur ad ſummam concurrentem, etſi mandatarius plus emerit, *§.* 8. *I. de Mand. l.* 33. *eod.* ibid: *nam usque ad eam ſummam, in quam rogatus erat, fidem ejus ſpectaſſe videtur, qui rogavit.* Conf. *l.* 4. *eod.* Atque hæc (5) ita in praxi obtinent, *Dd. ad* §. 5. *Inſt. de Inut. ſtip. Hering. de Fidej. c.* 24. *n.* 52. idque *Autor* fatetur *pag.* 634.

OBST. *L.* 8. §. 7. *h.* ibi: *placuit, eos omnino* non obligari.

RESP. (2) Scil. quoad totam ſummam; nam de ea ibi ſaltem quærebatur, idque apparet ex §. 5. *I. de Inut. ſtip.* ubi ſimiliter dicitur, *inutilem* eſſe ſtipulationem, quæ fit in majorem ſummam; cum tamen valeat, quoad ſummam concurrentem; *l.* 1. §. *p. de V. O.* (2) *d. l.* 8. loquitur de caſu, ubi una eſt obligatio, in qua deterior eſt conditio fidejuſſoris: ea enim pro parte valere non poteſt, uti, ſi reus ſub conditione debeat, ſponſor pure promittat, tota ſtipulatio inutilis eſt. (3) Agitur ibi de fidejuſſore, in duriorem cauſam accepto, qualis quoad ſummam concurrentem non eſt, qui in majorem ſummam acceptus eſt. Sed & (4) exemplum ibi non eſt de majori, ſed de minori ſumma.

OBST. *L.* 49. *in f. h.* ubi acceptus in duriorem conditionem contra Juris formam receptus videtur; ergo fidejuſſio eſt ipſo jure nulla.

RESP. Alia Juris forma hic non eſt, quam in ſtipulatione, ubi etiam contra Juris formam eſt, plus reſpondere, quam rogatus fuit, & tamen ea valet

valet quoad ſummam concurrentem. Non eſt ergo in duriorem cauſam acceptus in obligatione concurrentis ſummæ, ſed in altera, quæ excedit.

Qv. VIII. *An fidejuſſor in criminalibus admittatur?*

Laut. pag. 634. verb. interdum tamen &c.

Quidam propter injurias illatas criminaliter conveniebatur, actorque petebat, ut fuſtigatus relegaretur: Reus, qui de fuga ſuſpectus, nec ſolvendo erat, carceri tradebatur, at fidejuſſore dato dimittebatur; diſputatum poſtea, cum mortuo reo fidejuſſor conveniretur, fuit, an intervenire fidejuſſor potuerit? Negabat id fidejuſſor, quia ad pœnam illam libello expreſſam ſe obligare non potuiſſet, at exiſtimatum fuit, valere obligationem; (1) quia cautio illa præſtita fuit de judicio ſiſti; non vero pro pœna corporali. Indeque fidejuſſor reum ſiſtere, vel id, quod intereſt, præſtare tenetur. Sed & (2) pro pœna pecuniaria, quæ forte ſententia dictari poteſt, cautio interpoſita cenſetur. Imo (3) cum in libello recantatio & expenſæ proceſſus peti ſoleant, pro his punctis cautio valebit. Atque ex hoc capite fidejuſſor ad reſtitutionem pœnæ pecuniariæ, & expenſarum condemnatus fuit in cauſa **des Stifts Quedlinburg**, contra **Scherßling**, & poſtea **Hetling**, etſi criminaliter & ad pœnam corporis afflictivam actum fuerit.

Qv. IX. *An creditor, qui reo abſente fidejuſſorem convenit, hoc miſſo contra ipſum reum principalem actionem intentare poſſit?*

Laut. pag. 634 verb. & eligit creditor.

Reo principali abſente, fidejuſſor a creditore conveniebatur; cum vero poſtea appareret, fidejuſſorem non eſſe ſolvendo, reum principalem autem animum deſerendi domicilium habere, petiit creditor, ut reus prævia requiſitione cuſtodie traderetur: dubitatum fuit, an propitio jure id fieri poterit? ideo, quod creditor actionem contra fidejuſſorem ſemel inſtituiſſet, quam, miſſo fidejuſſore, contra reum principalem intentare, minus æquum videbatur. At, eo non obſtante, decretum fuit, perſonali arreſto locum eſſe, indeque requiſitoriales decerni debere. Notorii enim juris eſt, quod alia cauſa ſit, ex qua contra debitorem agitur, alia, ex qua contra fidejuſſorem: Illa ex mutuo eſt, hæc ex ſtipulatu, una ergo actione intentata altera non conſumitur; niſi perceptione, *Vid. qu. fin. ad tit. de Obl. & act. Brunn. ad L. 31. ff. de Jud. n. 16.* Sed & ideo fidejuſſor hic conveniebatur: quia reus principalis contumax & abſens erat: hoc factum debitoris juri creditoris nihil derogare, nec ei electionem intervertere poteſt, inprimis cum creditor jus variandi expreſſe ſibi reſervaverit. Atque ita decretum

in

in Curia Halberſtadienſi an. 1706. in cauſa Meyer, contra Rheden und Fleurnoy.

Qv. X. *An fidejuſſor, qui ad certam ſummam ſe obligavit, etiam ad uſuras ſe obligaſſe videatur?*

NEGATUR: (1) ob *L.* 68. §. 1. *h.* ibi: *decrevit fidejuſſorem in uſuras non teneri.* Nam (2) fidejuſſio eſt ſtricti juris, adeoque ultra id, quod verbis expreſſum eſt, promittens non obligatur, *L.* 99. *de V. O.* locutus autem ſaltem eſt de ſumma. *Laut. pag.* 634. *verb. & quidem ſi* (1)

OBST. *L.* 8. *de Eo, quod cert. loc.* ubi fidejuſſor, pro ſtipulante datus, non poteſt conveniri ratione augmenti, quod in tertio loco conventus præſtare tenetur, & additur: *neque enim haec cauſa recte comparabitur obligationi uſurarum* Adeoque ratione uſurarum videtur conveniri poſſe.

RESP. Ibi fidejuſſor non ad certam ſummam, ſed ſimpliciter ſe obligavit pro reo principali, de quo caſu *qu. ſeq.*

OBST. *L.* 88. *de V. O. l.* 24. §. 1. *de Uſur.* ubi mora rei nocet fidejuſſori, effectus autem moræ eſt, ut uſuræ præſtentur.

RESP. Nocet mora fidejuſſori quoad effectum præſtandi uſuras, ſi *ſimpliciter* fidejuſſit, vel *ad omnem cauſam*, non vero, ſi tantum *ad certam ſummam.* Atque ita in praxi obtinet. *Vid. Carpz. P.* 2. *c* 19. *def.* 2. Ita Domini in Curia Halberſtadienſi decrevere, Menſ. Nov. 1706. in cauſa Elers, contra Alslebiſchen Erben.

Qv. XI. *An is, qui ſe in omnem cauſam obligavit, in plus teneatur, quam is, qui ſimpliciter ſe obligavit?*

Lauterb. *h. t. p.* 634. putat, illum, qui ſe *ſimpliciter* obligat, tantum teneri ad id, quod ex natura negotii venit, v. g. uſuras; eum vero qui *in omnem cauſam* ſe obligat, teneri etiam ratione eorum quæ ex poſtfacto accedunt, v. g. ad ſtipulatas uſuras & intereſſe. *Laut. Pag.* 634. *verb.* (3) *ſi ſe obligavit &c.*

Verius tamen eſt, utroque caſu fidejuſſorem in omnem cauſam teneri; quia & is, qui ſimpliciter pro aliquo fidejubet, pro toto negotio, de quo agitur, adeoque pro tota cauſa intercedere videtur. Idque (1) probatur ex regula illa generali, quod indefinita æquipolleat univerſali (2)

Quia voce debiti nihil aliud intelligitur, quam causa debiti, *L.* 23. *de V. S.* Qui proinde pro debito fidejubet, etiam pro omni ejus causa fidejubere censetur, *d. L.* 23. Idque (3) infinitis textibus probatur: nam in *L.* 5. *C. de Pact. inter emt.* fidejussor describitur, *qui in omnem causam debiti fidem suam adstrinxit*; & in *l.* 56. §. 2. *h.* fidejussor *in omnem causam acceptus* videtur, *quæ ex ea numeratione nasci potest*, unde fidejussorem, a pupilli tutore datum, ad omnem causam & interesse teneri, patet ex *L.* 32. *de Adm. tut.* Conf. *L.* 10. *Rem pup.* & *L. f. pr. Quod. leg.* ibi: *tenentur fidejussores in totum &c.* & in *L.* 54. *pr. Locat.* is, qui simpliciter pro conductione se obligaverat, mox in totam ejus causam se obligasse dicitur, quod asseritur in *l.* 91. §. 4. *in f. de V. O.* Egregie (4) hæc probantur ex ratione *d. l.* 54. *pr. Locat.* ubi is, qui *in omnem causam* se obligavit, ideo ad usuras obligatur, quia in bonæ fidei judiciis usuræ ex mora ipsa debiti natura continentur. Eadem vero ratio quoque obtinet, si *simpliciter* se obligat, quia eadem ratio bonæ fidei manet. Atque hinc (5) Mora rei, fidejussori dicitur nocere, ad effectum scil. usurarum, *L.* 88. *de V. O. junct. l.* 91. §. 4. *in f. eod. L.* 8. *de Eo, quod cert. loc.* nec ibi distinguitur, an simpliciter, an in omnem causam datus sit.

Excipiuntur usuræ, ex stipulatione debitæ; nam hos nec tunc, cum pro omni causa se obligavit, fidejussor præstat, *d. L.* 45. *pr. Locat.* ibi: *si in omnem causam*, & ibi: *Si non tamen ex obligatione proficiscantur*, & *L.* 5. *C. de Pact. int. emt.* ibi: *deberi ex mora duntaxat usuras*, quia stipulatio non pertinet ad causam debiti, sed propriam causam habet, adeoque usuræ stipulatæ non sunt accessio debiti, sed ex proprio negotio debentur: neque ex natura negotii sequutur, sed ex conventione.

Obj. quod in *d. L.* 54. *pr. Locat.* fidejussor tum demum ad usuras obligetur, *si in omnem causam se obligavit.*

Resp. 1. Paulus ibi non distinguit, an fidejussor in omnem causam, an simpliciter se obligaverit, nec diversum utrobique jus esse, contendit; sed ita argumentatur: *Si fidejussor in omnem causam se obligavit*, (uti ex ratione juris id semper sequitur) *necessario etiam usuræ debentur*; atque hic loquendi modus usitatus est JCtis, uti patet ex *l. p.* §. *f. de Acqu. rer. dom.*

Resp. 2. Ibi opponitur fidejussor, qui simpliciter, i. e. in omnem causam se obligavit, ei, qui saltem in certam summam fidejussit: idque patet tum ex casu proposito, ibi: *fidejussore conductionis*, tum ex formulis subjectis, tum ex collatione cum aliis legibus.

Resp.

Resp. 3. Regula certa est, quod fidejussor non nisi in omnem causam obligatus teneatur ad usuras: at alia quæstio est, quando in omnem causam videatur obligatus, ea hic nec proponitur, nec deciditur, ex aliis autem textibus apparet, etiam id tum factum censeri, quando simpliciter quis se obligavit, *d. L.* 91. *d. L.* 56. *d. L.* 5.

Obst. *L.* 8. *de Eo, quod cert. loc.* ubi fidejussor, qui simpliciter se obligavit, nec ad usuras ex mora tenetur, adeoque non ad omnem causam.

Resp. Fidejussor ibi pro certa quantitate se obligavit; nam reus & fidejussor promisere 100. quæ Capuæ solvenda erant: ultra hanc summam definitam fidejussor non tenetur. Hinc etiam expresse distinguitur casus Legis, ab obligatione usurarum, utpote quæ non obtinent, nisi in totam causam se obligaverit fidejussor.

Obst. *L. f. ff. h.* ibi: *hoc enim non debet imputari fidejussoribus, quod ille propter suam pœnam praestitit.*

Resp. Loquitur de casu, ubi fidejussor cavit, dominum rem ratam habiturum; cum vero dominus ratum non haberet, pro ista causa tenetur; sed postea alia causa accessit; nam dominus condemnatus noluit restituere, & propter hanc contumaciam condemnabatur, pro hac pœna contumaciæ non tenetur fidejussor, quia alia plane causa est, pro qua plane non intercessit fidejussor, *arg. d. L.* 84.

Qu. XII. *Quaenam sit ratio beneficii excussionis, & quibus modis cesset?*

Resp. Beneficium ORDINIS a Justiniano in *Nov.* 4. introductum, & ideo datum est fidejussoribus & aliis minus principaliter obligatis, ut prius reus principalis excutiatur; id enim æquum videtur, ut verus debitor prius conveniatur, cum nihil intersit actoris, a quo debitum consequatur: sane *fidejussore* prius *convento* multiplicarentur lites; nam ille iterum reum principalem convenire deberet: cum *reo convento* uterque liberetur. *Laut. pag.* 635. *verb.* 1. *Ordinis.*

Ex hac æquitate jam sponte sequuntur exceptiones, quas innumeras recenset *Berl. P.* 2. *C.* 24. sed omnium ratio ex principiis jam ponendis patescet.

Cessat ergo (1) cum reus excuti non potest, ut pupillus, in quem actio non est, & hodie fœmina, sine curatore contrahens, vel si constet nulla ·· bona, cessis quippe vel publicatis bonis; vel si alias actio non tenet,

 uti

uti ex ludo; vel quoties fidejussor accedit obligationi naturali, quia actio inde non competit, & sic exigi nequit; vel si extra ordinem reo succurritur, *L.* 13. *pr. de Min. L.* 1. *C. Si adv. fisc. L.* 13. *de Duob. reis.*

(2) Si reus sit difficilis conventionis ob absentiam, potentiam, privilegia, pericula itineris; & sic ratione bonorum alibi sitorum, si longe absint.

(3) Si huic beneficio renunciaverit fidejussor, *N.* 136. *c.* 1. Modo in specie renunciet: tum, ne incertis verbis imperiti lædantur, *Tom. dec.* I. tum, quia generaliter renuncians non de specialibus his beneficiis, sed de juribus communibus in dubio cogitasse videtur, *Carpz. P.* 2. *C.* 17. *def.* 1. 2. 3. 4. 5. 6.

Exc. Si sit fidejussor indemnitatis, *Carpz. d. C.* 17. *def.* 7. hic enim etsi beneficio excussionis verbis expressis renunciaverit, non tamen conveniri potest, nisi excusso reo principali, quia conditio inest, *si servari a reo nequit*, quæ conditio necessario existere debet. Non ergo conveniri potest ad id, quod a reo non potuit exigi, si de eo non appareat, adeoque constare ante omnia debet, quantum a principali consequi possit creditor ad hoc, ut indemnitatis promissio locum habeat. *l.* 116. *V. O. l.* 15. §. 1. *ff. fidej. Carpz. d. def.* 7. *ibique Coler. & Gail.* Adeo ut ne quidem jurata renunciatio impediat, quo minus hoc casu excussio principalis debitoris præcedere debeat. *ibid. Carpz. P.* 1. *Dec.* 14. NB. Renunciantes certiorari de suo jure debent, *Carpz. P.* 2. *C.* 17. *def.* 4.

(4) An inter mercatores, campsores, nummularios &c. obtinet?

Affirm. *Nov.* 136. *c.* 1. Usu secus id esse, putant. *Vid. Hering. de Fidejuss. c.* 27. *p.* 1. *n.* 282. ubi tamen alii id rejiciunt.

(5) In pœnam doli: si scil. dolose negat, se fidejussisse, nisi ante litem contestatam pœniteat, *l.* 10. §. 1. *h.* Vel si alias in fraudem creditoris vel rei principalis aliquid agat, quo minus ille jus suum recipiat, *L.* 14. *& Auth. Hoc ita C. de Pignor.*

(6) Si reus semper intelligitur solvendo, ut: fiscus, *l.* 2. §. *f. de Fund dot.* quia alias frustra adjectus esset fidejussor, qui nunquam conveniri posset, cum reus semper sit solvendo.

An (7) si jusjurandum accessit? Affirm. *Laut. de Benef. excuss. th.* 12. *Gail. L.* 2. *O.* 27. *n.* 22. *Berl. P.* 2. *c.* 22. *n.* 23. *seq.* Negat *Struv. h. th.* 43.

Peretz. C. h. n. 27. & recte; nam conditio sua natura inest, si reus non solvat, nec jusjurandum habet effectum extensivum, neque confirmat, nisi quod in obligatione est, ut omnis confirmatio, & aliud est promissio solvendi jurata, aliud renunciatio beneficii, *Carpz. d. l.*

Qv. XIII. *An is, qui obligationi* als Selbstschuldner *subscribit, gaudeat beneficio excussionis?*

NEG. *Mevius P.* 9. *dec.* 186. *n.* 10. *Meier Colleg. J. A. tit. de Fidej. th.* 19. *n.* 3. *Gail. L.* 2. *O.* 28. *Zang. de Exc. P.* 2. *c.* 16. *n.* 15. *Berl. P.* 2. *c.* 23. *n.* 4. *Mev. P.* 4. *dec.* 104. *& P.* 1. *dec.* 229. AFFIRM. *Carpz. Jurisp. for. P.* 2. *C.* 18 *def.* 2. *& L.* 2. *Resp.* 73. *n.* 2. *&* 3. *Cothm. V.* 1. *Conf.* 22. *Fab. C. l.* 8. *tit.* 28. *def.* 1. *Klock. Vol.* 2. *conf.* 80. *n.* 6. *&* 7. *Finckelth. O.* 107. *n.* 10. *Laut. Disp. de Excuss. th.* 22. *Bachov. ad Treutl. Vol.* 1. *D.* 23. *th.* 8. *lit. c. Mull. ad Struv. Ex.* 47. *th.* 43. *lit. i.*

Posterior sententia verissima est, (1) quia fidejussores quoque sunt Selbstschuldner, & in solidum tenentur, §. 4. *Inst. de Fidej.* his autem beneficium excussionis competit. Neque (2) correi videri possunt, quia id specialiter & in continenti, adeoque ab initio agi debet, ut plures idem in solidum, & pari jure debeant, *pr. Inst. de Duob. reis. arg. l.* 11. §. 1. *&* 2. *ff. de Duob. reis. Auth. Hoc ita. C. de Duobus reis. Nov.* 99. *c.* 1. hic animus autem ex voce Selbstschuldner, quæ etiam fidejussoribus convenit, non apparet, *Disp. Dn. Par. de Caut. Correali, d.* 6. Accedit (3) quod in dubio faciliores debeamus esse ad liberationem, *L.* 47. *de O. & A.* Sed & (4) sibi imputet creditor, quod sibi non magis & clarius prospexerit.

Atque hæc sententia tanquam Jure convenientior ann. 1707. in Curia Halberstadiensi approbata est in Rationibus decidendi in causa Isaac Joels Erben, contra Hofrath Beyern: quanquam contrarium judicatum quoque sit in causa Küken, contra Leporinum.

Qv. XIV. *An fidejussoribus detur beneficium cedendarum actionum licet ei renunciaverint?*

AFFIRMATUR; quia rei principalis nihil interest, adeoque frustra fidejussori, cessionem urgenti, opponeret exceptionem quod renunciaverit; hujusmodi vero pacta nullum in Jure effectum habent. *Laut. pag.* 636. *verb. licet ei &c.*

OBJ. *L. p. C. de Pact.* ubi quilibet suo favori renunciare potest.

Resp. De eo dubium non eſt, ſed ſaltem quæritur, ſi pœniteat renuncians, an alter ipſi opponere poſſit: *tu renunciaſti*, cum ejus non interſit? & hoc negatur.

Qu. XV. *An is, qui alieno nomine ſolvit, facta ſolutione, poſſit agere ad cedendas ſibi actiones?*

Laut. pag. 636. verb. *non facta.*

Quæſtio celebris eſt, & in foro admodum agitata: an creditor debitori, nomine alieno ſolventi, ſolutione facta, cedere actiones poſſit? Mirum, quam hic varient Leges, & Doctores. Aperte dicitur in *L.* 76. *de ſolut.* ceſſionem amplius fieri non poſſe; idem in *L.* 39. *ff de Fidej.* aſſeritur. Ratio quoque adſtipulari videtur: cum enim ſolutio omnes actiones exſtinguat ipſo jure, *l.* 43. *ff. de Solut. d. l.* 39. fruſtra poſt ſolutionem agi videtur ad ceſſionem actionum, quæ non amplius ſunt, ſed quæ ipſo jure perſolutionem exſtinctæ ſunt. Contrarium tamen ſtatuitur in *L.* 28. *Mand.* ubi diſerte ait JCtus, etiam poſt ſolutionem mandatori adverſus reum actiones cedi debere.

Verum omnis, quæ hic intercedere videtur antinomia, ſponte ſua evaneſcit, poſita diſtinctione, an ſolutio facta ſit ex *eadem cauſa*, ex qua reus principalis debet, an *ex diverſa. Illo caſu* totum debitum, omnisque cauſa obligationis, adeoque & actiones, ipſo jure ſolutione exſtinguuntur: facta ergo ſolutione, ſublatisque ea actionibus, fruſtra ceduntur actiones, quæ amplius in rerum natura non exſtant, ſed per ſolutionem exſtinctæ ſunt. *Hoc caſu*, ſi debitor alienum quidem debitum ſolvit, ſed ex cauſa diverſa atque ex ſe ſubſiſtente, propriamque formam habente, tunc ſubſiſtit principalis obligatio, nec actiones ipſo jure ſolutione exſtinguuntur. Obligatio enim conſiſtit in nexu & vinculo, quod non poteſt dici ſolutum, niſi ex eadem cauſa ſolvatur, ex qua contractum eſt; alias enim non eſſet ſolutio ejusdem, ſed alterius vinculi & alterius obligationis. Hic ergo creditor etiam ſolutione facta actiones cedere poteſt, & tenetur; quia jam aliquid eſt, quod cedi poteſt. Quæ omnia latius explicavi in diſputatione mea de Aſſignationibus, quæ ſub nomine Domini Parentis prodiit, §. 28. *& ſeq.*

In eo jam omnis ſupereſt difficultas, quando quis videatur ex *eadem*, quando ex *diverſa* cauſa ſolvere. Hoc ergo plenius paululum excutiendum erit. Ex *eadem cauſa* ſolvit *fidejuſſor*; nam hic ſemper ex eadem cauſa cum reo principali debet, *l.* 27. §. 1. *de Fidej.* ibi: *aeque hic quoque pertinebit ad eandem cauſam.* item: *l.* 1. §. 8. *de O. & A.* ibi: *quia eadem obligatione teneantur.* Fidejuſſor enim in ſecuritatem principalis obligationis tanquam cautio

tio accedit, per *d. l.* 1. §. 8. idque ex formula, *fide mea esse jubeo*, apparet. Conf. §. 7. *Inst. de Fidej.* Unde etiam appromissor dicitur, dum quasi ad eandem caussam & obligationem promittit, *L.* 48. *ff. de solut. L.* 5. §. 2. *de V. O.* Si proinde hic fidejussor solvit, quod reus principalis debet, tota obligatio tam principalis, quam accessoria, ipso jure exstinguitur, *L.* 43. *de Solut. L.* 36. *ff. de Fidej. pr. Inst. de Fidej. L.* 56. *ff. de Solut. L.* 180. *de R. J.* Unde porro sequitur, frustra hunc fidejussorem facta semel solutione desiderare, sibi a creditore cedi actiones, quæ per solutionem ipso jure exstinctæ sunt: idque diserte ita traditur in *L.* 39. *de Fidej. & L.* 76. *ff. de Solut.* Ut proinde non videam, quo pacto *Carpz. P.* 2. *C.* 17. *def.* 15. asserere possit, *fidejussorem videri, solvere magis suo, quam alieno nomine*, contra tot evidentes juris rationes & textus. Sed & cessionem facta solutione frustraneam esse, in terminis tradunt. *Dn. Par. in Disp. de Differ. hodiern. pact. & stip. Sect. ult.* §. 20. *Lauterb. Disp. de Fidejuss.* §. 28. *Koepp. part.* 2. *O.* 31. *n.* 19. & 20. Atque ideo absolutus in Curia Halberstadiensi fuit fidejussor, qui post solutionem factam a confidejussore conveniebatur, in caussa **Caspar Göschens Wittwe**, contra **Jacob Göschens Wittwe**, Mens. Dec. 17‿6.

Ex *diversa causa* solvit v. g. *mandator*: si nimirum, cum ego Cajo, 100. mutuo a me petenti, ea dare nollem, nisi cautum mihi esset, Sejus mandat, ut Cajo 100. mutuo dem, eoque securitatem promittit. Hic jam *duae* diversæ obligationum caussæ sunt, & *alia*, ex qua Cajus tanquam debitor principalis mihi debet, *alia* ex qua Sejus tanquam mandator mihi obligatur: *illa* mutuum est; *haec* mandatum, *L.* 32. *ff. Mand.* Etsi ergo deficiente Cajo Sejus solvat eoque posterior caussa per solutionem exstinguatur, mutuum tamen ipso jure manet; quia ex caussa mutui solutum non est. Egregie & nervose id traditur in *L.* 28. *Mand. Papinianus ait, mandatorem debitoris solventem ipso jure reum non liberare, propter mandatum enim suum solvit, & suo nomine, ideoque* (i. e. quia suam demum caussam solvendo peremit, durante cæterum actione inter creditorem & reum principalem) *mandatori actiones putat adversus reum cedi debere.*

Hinc jam apparet decisio casus in Curia Halberstadiensi aliquando ventilati: Fidejussor, per sententiam condemnatus, executori tradiderat pecuniam ea lege, ne ante exsolveretur creditori, quam ille actiones contra reum principalem cesserit; Executor, posthabita illa protestatione solvit eam creditori, querebatur debitor de facta nondum cessis actionibus solutione, caussabaturque, ademtum sibi hoc ipso esse regressum contra reum principalem &c. Justa hæc dominis visa fuit querela, indeque traditio pro nulla declarata & creditor pecuniam, usque dum cessisset actiones, deponere jussus est, in caussa **Hofrath Beyers**, contra **Isaac Joels Erben**.

Qv. XVI.

Qv. XVI. *An fidejussor teneatur creditori solvere, si hujus culpa actiones cedi non possunt?*

Laut. pag. 637. verb. fidejussio exstinguitur &c.

RESP. Si culpa creditoris inanes factæ sunt actiones, adeoque cedi non possunt, tunc nec solvere tenetur fidejussor: uti si accepto tulit, vel cum uno fidejussorum pactus sit de non petendo, perinde enim est, an nullam habeat actionem, an talem, quam suo facto inanem reddidit, *l.* 95. §. *p. de Solut.* Sane creditor jus quæsitum fidejussori de cedendis actionibus eripere ei nequit.

OBST. *L.* 23. *de Pact. & L.* 15. §. *f. de Fidej.* ubi creditor, licet cum uno fidejussorum pactus sit de non petendo, adhuc tamen ab altero petere potest, ac *nulla exceptione repelli potest*; adeoque nec cedendarum actionum.

RESP. Sola quæstio ibi proponebatur, an pactum de non petendo, cum uno fidejussorum initum, prosit alii fidejussori, & hoc recte negatur; quia pactum hoc personale est, & personæ paciscentium cohæret: *Vid. sup. L.* 2. *t.* 14. *qu.* 6. Adeoque (2) hic non excluduntur aliæ exceptiones & beneficia fidejussoribus propria, quod vel ex eo constat; quia posterior fidejussor, non obstante pacto de non petendo, cum priori inito, utique exceptionem divisionis habet, neque hæc pacto confidejussoris ei auferri potest, *L.* 3. *C. h.*

Qv. XVII. *An confusione exstinguatur fidejussio?*

Laut. ibid.

AFFIRM. *Vid. tit. de Solut. qu. fin.* §. 4. si scil. principalis obligatio est plena, civilis, & efficax, *ibid.* §. 6. & 7. *ac seq.* At non tota obligatio exstinguitur, sed sola persona eximitur obligationi; proinde si contra alium salva esse potest actio, adhuc intentari potest. *ibid.* §. 16. & 17.



LIB.

LIB. XLVI. TIT. II.

DE

NOVATIONIBUS ET DELEGATIONIBUS.

Qv. I. *An novatio ita fiat per litis conteſtationem, ut prior actio tota tollatur, novæque jam qualitates conſtituantur, indeque deterior reddatur conditio actoris?*

RESP. Diſtinguendum eſſe inter effectus litis conteſtationis, QUI SEQUUNTUR EX INTENTIONE ACTORIS, & eos, QUI EX NECESSITATE QUASI CONTRACTUS. *Illi* non mutantur per litis conteſtationem, nec hactenus deterior fit conditio actoris. *Vid. L.* 86. *L.* 87. *de R. J. L.* 29. *in f. h. t. L.* 1. *C. de Jud. L. f. ff. de Separ.* Actor enim non accedit ad judicium, ut perdat, ſed ut conſequatur. Hinc eſt, quod prior actio ſalva maneat ipſo jure, & liberatio ſaltem fiat ope exceptionis, *dd. LL.* non liberantur pignora, & fidejuſſores, *d. L.* 1. nec tolluntur uſuræ, *L.* 34. *de Uſur.* nec privilegia priori actioni cohærentia, *L.* 29. *h.* nec beneficium ſeparationis, *d. L. f.* Quæ omnia ſecus in vera novatione; omnes enim hi effectus dependent ex intentione actoris, qui conditionem ſuam meliorem facere vult: adeoque hactenus hæc novatio eſt impropria. *Hi* noviter jam accedunt, etiam invito actore, novamque qualitatem negotio tribuunt, quia qui litem conteſtatur, quaſi contrahit; indeque etiam deterior fieri conditio actoris poteſt. Hinc nova accedit actio priori, ſcil. actio rei judicatæ, *L.* 56. *de Re jud. L.* 3. *C. de Uſur. rei jud. Add. Laut. p.* 637. Siſtuntur uſuræ obligationis in judicium deductæ, *L. f. C. de Uſur. rei jud.* Si antea fuit temporalis, jam fit perpetua, *L.* 26. *de O. & A.* præſcriptione interrumpitur; poſſeſſor fit malæ fidei &c. *Laut. pag. 637. verb. cum qualitatibus &c.*

Qv. II. *An novatio hodie nudo pacto fieri poſſit?*

NEGATUR; quia pacta non tollunt obligationem ipſo jure, nec hodie. Vid. *ſupr. tit. de Pact. qu.* 16. *Laut. pag. 638. verb. hodie pacto &c.*

OBST. Quod pacta hodie æquiparentur ſtipulationi?

RESP. Contrarium late demonſtratum eſt *dict. qu.* 16. 17. *ac ſeq.*

QV. III. *An animus novandi hodie verbis exprimi debeat?*

Laut ibid. 638. verb. qui expressis verbis. &c.

RESP. Jure Civili regula extra omne dubium posita erat, quod novatio non aliter fieri potuerit, quam *ubi hoc agebatur, ut novetur obligatio*, §. 3. *I. Quib. mod. toll. obl. L. 2. ff. h.* Veteres Juris conditores hanc regulam nimium extendebant, & ex remissione prioris actionis, adeoque ex præsumtionibus & conjecturis quibusdam, novationem introducebant, *L. f. C. h.* ibi: *vel aliquid fecerit, ex quo veteris Juris conditores introducebant novationes*; (cujus exempla in *pr. d. L. f.* referuntur), & §. 3. *I. Quib. mod. toll. obl.*

Ideo Justinianus dubium hoc: *quandonam animo novandi remissio illa fieri videatur*, decidit, constituitque, *tunc solum novationem prioris obligationis fieri, quoties hoc ipsum inter contrahentes expressum fuerit, quod propter novationem prioris obligationis convenerunt*, *d.* §. 3.

Adeoque vi hujus constitutionis nullæ præsumtiones vel conjecturæ amplius sufficiunt, sed specialiter quis remittere obligationem priorem, & NB. hoc exprimere debet, quod secundam magis pro anterioribus elegerit, *d. L. f.*

Hinc jam apparet, quidnam sibi velit Imperator, dum in *d. L. f.* generaliter definit, *voluntate solum, non lege, novandum esse*; respicit nimirum ad illos veteres Juris conditores, qui ex conjecturis novandi voluntatem inferebant, horum leges improbat Justinianus; quia novatio non ex lege, sed ex sola voluntate partium procedit: indeque verba, voluntatem novandi declarantia, adeo requirit, *ut, si non verbis exprimatur, sine novatione causa procedat*, *d. L. f.* i. e. pristina maneat obligatio, & nova ei accedat, *d.* §. 3. & rationem Imperator addit in *d. L. f. hoc enim naturalibus rebus inesse volumus, & non verbis extrinsecus supervenire*, i. e. non vult, illam voluntatem novandi ex certis formulis & verbis, *Lege* præscriptis, quasi fingi, eoque præter intentionem partium supervenire. Sed vult eam voluntatem ex declaratione contrahentium ipsa cognosci, uti id plenius & clare explicatur in *d.* §. 3.

Quo ipso omnis difficultas, quam Dd. in *d. L. f. C. h.* sibi finxerunt, tollitur. *Vid. Goth. & Brunn. ad d. L. f.* Sane hodieque verbis exprimi debere, vel novatum vel posteriorem obligationem præ priori electam esse, præjudiciis probat *Carpz. L. 5. Resp.* 105. *n.* 2. *& Part.* 2. *C.* 9. *d.* 14.

Qv. IV.

QU. IV. *An verba requirantur, si tertia persona intervenerit, ut in delegatione?*

RESP. Idem hic obtinet, quod in novatione, nimirum exprimi verbis debet, quod secundam obligationem magis elegerint ac priorem, §. 3. *Inst. Quib. mod. toll. obl.* inprimis cum de hoc ipso casu, ubi *quis aliam personam adhibuit, vel mutavit*, adeoque de delegatione, dubitatum, & a Justiniano in *L. f.* decisum fuerit, inter contrahentes in specie exprimi debere, NB. quod propter novationem prioris obligationis convenerint. *d. l. f. d.* §. 3. *Carpz. d. C.* 19. *def.* 16. *& dict. Resp.* 105. *n.* 5. *Brunn. Cons.* 172. *Idem ad L. f. n.* 9. *& L.* 2. *n.* 3 *ff. h. t.*

OBST. quod satis appareat animus novandi interventu tertiæ personæ §. 3. *Inst. Quib. mod. toll. obl.*

RESP. Supponitur ibi animus novandi, animus autem ille in specie exprimi debet, *d.* §. 3. *in f. d. L. f.*

QU. V. *An pupillus creditor suam obligationem novando remittere possit, si meliorem reddat conditionem?*

NEGATUR; nisi (1) tutoris consensu contrahat, *l.* 20. *§.* 1. *h.* vel (2) pubes factus ratum habeat, *L.* 9. *h.* *Laut. pag.* 638. verb. *nisi conditionem &c.*

OBST. *L.* 3. *h.* ubi is, cui bonis interdictum est, adeoque & pupillo conditionem suam meliorem reddere licet.

RESP. Loquitur textus de eo, cui bonis interdictum est, adeoque qui ob defectum moralem contrahere nequit; hic non habetur pro prodigo, si meliorem suam conditionem facit. Alia proinde ratio est in pupillo, ubi vitium est naturæ, non morale.

QU. VI. *An obligationes mere civiles novari possint?*

AFFIRMATUR; *l.* 1. §. 1. *L.* 2. *h.* *Laut pag.* 638. verb. *Civiles &c.*

Atqui Juris effectum nullum habent obligationes mere civiles.

RESP. Nec hic agitur de effectu obligationis, sed de tollenda obligatione, qualis est. Cujus effectus hic est, quod prior exceptione perpetua potuerit elidi, nova non possit.

QU. VII. *An per novationem purgetur mora?* *Laut. pag.* 639 verb. *purgatur mora &c.*

AFFIRMATUR. *Vid. supr. L.* 22. *t.* 1. *qu.* 21.

LIB. XLVI. TIT. III.

DE SOLUTIONIBUS ET LIBERATIONIBUS.

Qv. I. *An in solutione requiratur dominii translatio?*

Dissent. Laut pag. 639. verb. non requiritur &c.

AFFIRMAT. de solutione, de qua hic agimus, & quæ est modus tollendæ obligationis, per *L.* 61. *ff. de Solut.* ubi tunc demum liberatio dicitur competere, si ita alicui solvitur, ut ab eo repeti non possit.

OBJ. (1) *L.* 46. *pr. h.* ubi res aliena solvi potest.

RESP. Imo, hæc solutio non est vera solutio, nec inde liberatio competit.

OBJ. (2) *L.* 55. *h.* ibi: *quia sic solvit, ut reciperet.*

RESP. Solutio hæc non est hujus loci, nec exinde contingit liberatio, *ibid.*

OBJ. (3) §. 2. *I. Quib. alien. lic.* ubi si pupillo *solvitur*, non liberatur solvens, & si pupillus *solvit*, hic nihil transfert; ergo solutione non transfertur dominium.

RESP. Quia hæ solutiones non sunt modi tollendi obligationem, *d.* §. 2.

OBJ. (4) *L.* 55. *de O. & A.* ubi in omni causu contrahendi dominium non transfertur, nisi utriusque affectu; idem affectus ergo in solutione probari debet.

RESP. Probatur ille affectus, si uterque consentit de re in alium transferenda jure perpetuo.

OBJ. (5) *L.* 19. *C. de Usur.* ubi per depositionem solennem fit solutio, qua tamen dominium non transfertur.

RESP. Falsum est, quod sit solutio, sed effectus solutionis ei competit propter Legis autoritatem.

OBJ. (6) Quod res pro soluto usucapi possit, quod falsum esset, si solutione semper transferretur dominium.

RESP. Ibi solutio facta non est, sed ea ipsa demum per usucapionem acquiritur.

Qv.

Qv. II. *An tertius, qui solvit non nomine debitoris, sed nomine proprio, liberet debitorem?*

NEGATUR: non enim valet hæc solutio jure proprio, quia ipse nihil debet; nec jure debitoris, quia ipsius nomine solutum non est: sed pecunia hæc sine causa est penes creditorem, adeoque condici potest, per text. expr. in *l.* 19. §. 1. *de Cond. indeb. l.* 65. §. *f. eod. l.* 5. *C. eod.* *Laut. pag. 639 verb. si suo nomine &c.*

OBST. *L.* 44. *de Cond. ind.* ubi non condicit solvens, etsi debitor non sit.

RESP. Solvens ibi erat debitoris debitor; tunc enim Jure Gentium ipse quoque debitor esse videtur, indeque si solvit, non videtur indebite solvere. *Vid. supr. l.* 12. *t.* 6. *qu.* 13.

Qv. III. *An, si res, quam pupillus solvit creditori, penes hunc perit, pereat pupillo?*

AFFIRMATUR, (1) quia pupillus solvendo nihil agit, sed dominium retinet, *l.* 14. §. *f. h.* §. 2. *Inst. Quib. alien. lic. vel non.* Res autem perit suo domino, *L.* 9. *C. de Pign. act. L.* 83. *de R. J.* Neque (2) præjudicium fit pupillo; quia æque res perire in ejus custodia potuisset. Atque (3) si non æque peritura fuisset, eoque læsus est pupillus, restituitur in integrum, *d. L.* 14. ad hoc, ut pupillus liberetur, nec creditor amplius agere possit, uti posset, re ipsi non pereunte. *Dissent. Laut pag. 639 verb. si apud creditorem &c.*

OBJ. (1) Quod dominium tantum reservetur pupillo, ne damnum sentiat, quod igitur in ejus favorem constitutum est, in odium detorqueri nequit.

RESP. Imo, non in favorem pupilli, sed ex ipsa ratione naturali dominium penes pupillum manet, quia tota dispositio nulla est: sed nec in odium ejus aliquid detorquetur, quia læsus non est lubrico suo, sed casu.

OBJ. (2) *arg. L.* 14. *de Procur.* ibi: *minoribus enim aetas in damnis subvenire, non in rebus bene gestis obesse debet.*

RESP. Subvenitur ergo mediante restitutione demum, si damnum ex lubrico ætatis passi sint, quod hic passi non sunt, nisi casu.

Qv. IV. *An tutori recte solvatur absque decreto Judicis?*

Laut. pag. 640. verb. tutori recte &c.

NEGATUR; per text. expr. in §. 2. *Quib. alien. lic. vel non.* ibi: *ut prius judicialis sententia sine omni damno celebrata hoc permittat.* Etsi vero textus loquatur de tutore solvente, tamen eadem est ratio in tutore, cui solvitur, ut scil. pupillo plenissime caveatur, *d. §.* 2.

OBST. *l.* 46. *§. f.* & §. 5. *de Adm. & peric. tut.* ibi: *concessum est a debitoribus pupilli, pecuniam exigere, ut ipso jure liberentur.*

RESP. Mutatum hoc jus est per *d.* §. 2.

INSTO, Mutatum est saltem in casu, quo tutor solvit, non ergo hoc extendi debet ad casum, quo tutori solvitur.

RESP. Eadem utrobique est ratio.

DISSENTIT *Carpz. L.* 5. *Resp.* 67.

Qv. V. *An pecunia, mutuo data, restitui debeat in ea bonitate, quae fuit tempore contractus, an in ea, quae jam est tempore solutionis?*

Laut. pag. 641. verb. licet monetæ

Præmittendum hic est: bonitatem monetæ esse vel *intrinsecam*, quæ vocatur das Schrot und Korn, & respicit ipsius materiæ qualitatem: vel *extrinsecam*, quæ dicitur der Werth, die Würdung, Valvation der Münzsorten, oder wie sie gäng und gebe seyn, & dependet ex arbitrio Principis, qui pro lubitu suo valorem nummo dare potest, etsi materiæ non respondeat, *Struv. h.* §. 29. hæc ergo bonitas autoritate publica superveniens extrinseca vocatur, *ibid.*

His ita positis, quæritur: Si tempore contractus nummi materia fuerit gravior, an sufficiat, nummum materia leviorem restitui, adeoque, an sufficiat, nummum restitui in ea bonitate intrinseca, quæ est tempore solutionis? Quod nos AFFIRM. Nam (1) nummus non valet ex sua substantia, sed ex valore, quem Princeps ei dedit; etsi ergo mutatio facta sit materiæ, hoc non attenditur, quia id jus Superioris est, quod pro Lege valet. Equidem Principis officium est, proportionem servare inter materiam & valorem, at judicium ejus est, quænam sit justa proportio, si ergo minus justa sit proportio, & minus æquum judicium, tamen valebit, uti valet sententia, etsi injusta, *L.* 11. *ff. de Just. & Jur.* inprimis, si utilitas reipubl. id suadeat. Idque (2) in terminis ita dicitur in *L.* 1. *pr.*

pr. ff. de Contr. Emt. ubi materiæ five nummi publica ac perpetua æftimatio effe dicitur, quæ non tam ex fubftantia, quam quantitate ufum præbet. Unde (3) fub gravi pœna Principes nummos forma publica percuffos, juxta valorem præfcriptum tradi ac fufcipi jubent, ut in *L.* 1. *C. de Vet. num. pot.* *Solitos veterum Principum veneratione formatos ita tradi ac fufcipi ab ementibus jubemus, ut nihil omnino refragationis oriatur, modo ut debiti ponderis fint & fpeciei probae,* (i. e. non reprobatæ; unde male *Goth. ad d. l.* 1. fpeciem ibi interpretatur materiam, fed loquitur omnino de valore extrinfeco), conf. *L. f. C. eod.* Atque hinc (4) in *R. I. de ann.* 1559. §. 11. diferte ftatuitur, daß folche neue Münzen in Bezahlung für Wehrschaft ausgegeben und angenommen werden sollen, & excipitur ibi tantum cafus, wenn auf Gold getheidingt und verschrieben ist, oder wenn es Bezahlungen betrift, so, nach alter Gewohnheit, mit Gold bezahlt worden seyn, tunc in eadem forma extrinfeca quoque reftitui quantitas debet. Denique & (5) ex ratione juris tum demum in alia forma nummos accipere debitor non tenetur, fi ex ea re damnum aliquod paffurus eft, *L.* 99. *ff. de Solut.* fecus ergo, fi damnum non fit paffurus, adeoque hæc exceptio firmat regulam in cafibus non exceptis.

Unde is, qui ante biennium 1000. florenos Luneburgicos vel Brandenburgicus (Lüneb. oder Brandenb. Zweydrittel-Stücke), mutuo acceperit, liberatur reftituendo 1000. fl. Polonicos, (Pohlnische Gulden) etfi notabilis in materia fit differentia; quia ufu ea non curatur.

Neque poteft dici, creditorem non tantundem faltem, ratione materiei, recipere, fed minus; nam cum idem omnium horum florenorum valor fit autoritate & Lege Principis conftitutus, indeque creditor damnum non patiatur, malitia potius effet, fi illos acceptare nollet.

Aliud ergo omnino eft, fi creditoris interfit, pecuniam in eadem materia reftitui, forte, quod, acceptis aliis nummis, damnum inde paffurus effet cum jam augmentum aliquod (agio) folvi folitum fit, *arg. L.* 99. *ff. de Solut. L.* 2. *de Reb. cred. L.* 69. *ff. de Contr. emt.* Nam tunc revera creditor non tantundem, fed minus, quam dederat, reciperet: neque effectu idem valor eft, quia augmentum, quod publico ufu dari folet, deficit. Atque ita in praxi obtinere, teftantur *Berg. in Refol. ad l aut. h. t. Struv. h.* §. 29. & infiniti Dd. apud *M''ll. ibid. Stryk. U M. h.* 12. Unde debitor, qui 100. abhinc annis accepit alte Zweydrittel-Stücke, jam non liberatur folvendo neue Zweydrittel-Stücke, nifi præterea quoque augmentum, quod publice folvi folet, fimul præftet. Eodem modo qui 100. abhinc annis mutuo accepit 1000. thaleros, non liberatur folvendo 1000. thaleros no-
vioris

vioris monetæ, ſed augmentum quoque præterea reddit, uti id per tres conformes ſententias in Curia Halberſtadienſi judicatum eſt in cauſa Marenholtz, contra die Dorſtadſche Land-Erben.

Atque hoc verum eſt, etſi (1) in inſtrumento obligationis dictum ſit, ſolutionem fieri debere in gangbarer unverrufener Münze, contra *Struv. h. §. 32. ibique Richt. dec. 72. n. 32.* Nam nihilominus augmentum tunc ſolvi debere, egregie evincit *Berger. in Reſol. ad Laut. animadv. ad voc. qualitate, ibique Berl. P. 2. Concl. 35. n. 40. & ſeq.* Quibus adſtipulatur *Müller, ad Struv. ad d. §. 32.* Manet enim eadem ratio, quod non tantundem, ſed minus recipiat, & aliud omnino eſt, *pecunia*, quæ reſtitui debet, aliud *quantitas*; illa definita videtur hoc pacto, daß es gangbar ſeyn müſſe, at non hæc, neque circa eam aliquid mutatum voluiſſe partes videri poſſunt. Neque revera poteſt dici, noviores nummos eſſe æque gangbar; quia augmentum in antiquioribus obtinet.

Etſi quoque (2) reſtitutio promiſſa in ſolchen Geldſorten, welche alsdenn, wenn die Zahlung geſchehen wird, gäng und gebe ſeyn werden: nam itidem formula hæc ſaltem infert, quod proba moneta ſolvi debeat, at de quantitate nihil diſponitur, ſed ea intelligitur, prout fuit tempore contractus. Sane creditor in ſuum favorem tale pactum adjecit, ne forte ei devalvata pecunia (ſit venia verbo) reſtituatur, ſed proba, hoc igitur non debet in ejus odium detorqueri: quanquam plerique Dd. diſſentiant, & ipſa praxis contrariari videatur. *Vid. Müll. ad Struv. h. th. 32. ibique Dinner. de mut. mon. quoad. ſolut. C. 1. th. 23.*

Hactenus de bonitate intrinſeca, quid ſi igitur EXTRINSECA mutata, &, nummi, olim mutuo dati, *vel* depreciati ſint, *vel* quoad valorem aucti? *Priori* caſu debitor non liberatur reſtituendo nummos in eo valore, quo fuere tempore contractus; quia creditor non reciperet tantundem, ſed minus, adeoque huic integra æſtimatio, quæ fuit tempore contractus, reſtitui debet. *Vid. late Struv. h. §. 31. ibique Dd. & Müll. Poſteriori* cauſa non teneatur debitor eandem formam reſtituere, niſi deducto augmento, *arg. d. L. 99.* Etſi adjecta ſit clauſula, daß der debitor die 100. Rthlr. an vollgültigen Zweydrittel-Stücken, wie ſolche zu der Zeit gäng und gebe ſeyn werden, reſtituiren welle, ſaperet enim hoc pactum uſurariam pravitatem.

Quid ſi debitor, pravam pecuniam mutuo accipiens, eam ut bonam expenderit? Sane lucrum hoc eſt debitoris, unde liberatur reſtituendo eandem formam *Vid. Laut. Colleg. h. t. §. 33. Dn. Berger. in Reſol. h. t.* Diſſentit *Richt Dec. 72. n. 23. Strux. Ex. 16. th. 32.*

Quan-

Quantopere in hac materia fluctuent Dd. vix credi potest. *Alii* utramque bonitatem, tam extrinsecam, quam intrinsecam, quæ fuit tempore contractus, inspici ajunt, *Struv. h.* §. 29. *ibique Dd.* qui omnes supponunt casum, ubi creditor damnum passurus esset, eoque nobiscum sentiunt. *Vid. Müll. ad Str. d. l. Alii*, bonitatem intrinsecam æstimari ex tempore contractus, dicunt, at extrinsecam ex tempore solutionis, *Carpz. P.* 2. *C.* 28. *def.* 5. & 45. & *L.* 5. *Resp.* 93. *n.* 10. *Dd. apud Müll. ad Struv.* §. 31. *h. lit.* γ. *Alii* distinguunt ante & post moram, *Afflict. Dec.* 149. *Alii* aliter, *Boër. Dec.* 327. *Guid. Pap. Dec.* 439. *Mynf. Cent.* 4. *Obf.* 1. *Wefenb. Conf.* 38. *n.* 23. *feq.*

Qu. VI. *An, si solvit fidejussor, idem sit, ac si solvisset principalis debitor?*

Affirmatur; quia idem debitum est, & ex eadem causa uterque debet & solvit: indeque reus ex solutione fidejussoris liberatur ipso jure. *Vid. supr. Tit. de Fidej. qu.* 15. Unde & idem est in constitutae pecuniæ reo. *L. p. de Const. pec.* Idem in exercitoria actione, *l.* 1. §. 24. *de Exerc. act.* Aliud autem obtinet in *mandato*, vel *si alia res sit promissa*, licet ex eadem causa, *l.* 141. §. 5. *de V. O.* Nam *priori* casu alia causa mutui est, alia mandati, *l.* 28. §. *f. Mand. l.* 27. §. *f. eod. l.* 13. *de Fidej.* Si proinde Mandatarius solvit, principalis debitor non liberatur ipso jure: *posteriori* casu in adjecto aliud est, quam in principali: unde si ille solvit, tunc non liberat, nisi ope exceptionis, *d. L.* 141. ***Laut. pag.* 642 *verb. si solverit &c.***

Qu. VII. *An alius, pro me solvens, me liberet ipso jure?*

Affirmatur, *pr. Inst. Quib. mod. toll. obl.*

Obj. *L.* 69. *de R. J.* ubi beneficium invito non datur. ***Laut. pag.* 642. *verb. tum etiam ipso jure &c.***

Resp. Debitor non liberatur ex beneficio, sed ex necessitate juris; quia creditori nihil amplius abest.

Qu. VIII. *An & quando solutio probetur per apochas trium ultimorum annorum?*

Famosa est regula *L* 3. *C. de Apoch. publ.* quod is, qui trium cohærentium annorum apochas protulerit, superiorum annorum apochas ostendere non teneatur. Varias hæc regula patitur exceptiones, quas positis casibus jam exponam. ***Laut. pag* 643 *verb. conjecturas.***

(I.) Senatus Hornburgensis sortem 325. Thal. ab hæredibus Germerianis (juxta dispositionem testamenti, a prædecessore confecti) ea lege accepit,

pit, ut reditus annuos vel uni ex Germerianorum familia daret, qui ſtudiis operam navaret, vel puellæ loco dotis exſolveret: Hæredes queruntur, legem non adimpleri, indeque a 30. annis rationum redditionem petunt: Senatus trium ultimorum annorum producit quietantias quibus ſolutionem redituum factam ſtudioſi quidam e familia Germeriana fatentur, indeque jam reliquorum quoque annorum ſolutionem præſumi contendebat, propter *L.* 3 *C. de Apoch. publ.* quippe quæ, etſi de debito ſaltem publico loquatur, propter generalitatem conſuetudinis & identitatem rationis in omni creditore locum haberet, *Brunn. ad d. L.* 3. *n.* 8. Aſt contra Senatum in Curia Halberſtadienſi Anno 1706. Menſ. Jan. judicatum, & Senatus ad præcedentium annorum rationes reddendas condemnatus eſt; quia tota ratio *d. L.* 3. hic ceſſat, quippe quæ ideo ex poſteriorum annorum ſolutione pro anteriorum quoque præſtatione præſumit, quia veroſimile non eſt, creditores alias avaros & diligentes præteritorum annorum ſolutionibus neglectis nullaque adhibita poteſtatione, illorum trium annorum ſolutionem acceptaturos fuiſſe, *Brunn. d. L.* 3. *n.* 2. Hæc vero præſumtio hic ceſſat, ubi non veri creditores, (qui ſunt die ſämtliche Germerſche Erben), ſed extranei, quibus ſaltem ſtipendii loco pecunia illa ad certos annos aſſignatur, quietantiam dedere; horum enim non intereſt, num præcedentium annorum reditus ſoluti ſint, num non adeoque proteſtatio illa inutilis fuiſſet. *In eadem cauſa.*

Sed & (II) alius caſus hic eſt: Aliquis vendidit domum ea lege, ut pretium intra ſpatium 8. annorum, nimirum intra annum 1640. & 1648. ſolveretur, elapſo illo tempore, longe poſt queruntur venditores, pecuniam omnem ſolutam nondum eſſe, emtore e contrario cauſante, ſe aliquid pecuniæ vi quietantiarum ſolviſſe anno 1648. 1649. & 1650. adeoque ex apochis trium ultimorum annorum, (quæ ſaltem de parte ſummæ promiſſæ loquebantur), totius ſummæ ſolutionem probare voluit, juxta *L.* 3. *C. de Apoch. publ. Men. L.* 3. *praef.* 139. *n.* 2. *Stryk. C. C. S.* 4. *c.* 3. §. 7. Verum & *d. L.* 3. & ejus ratio tantum loquuntur de eo, qui ſtatis temporibus, & v. g. annuatim certam penſionem vel ſummam ſolvere tenetur, ſi quis proinde trium ultimorum annorum quietantiam pro ſe habet, præſumitur etiam præcedentium annorum penſiones ſolviſſe: ſecus ergo, ſi unam ſummam ſolvere obligatus eſt intra certum ſpatium, & ille; elapſo ſpatio, trinis vicibus aliquid ſolvit, inde non poteſt præſumi, totam ſummam ſolutam eſſe, ſed potius e contrario, emtorem promiſſioni non ſtetiſſe, & moroſum debitorem intra tempus conventum non ſolviſſe: atque hinc cum in cauſa Bötcherſch Erben, contra Jordans Erben, emtor, cui particularis ſolutio indulta erat, produxiſſet trium annorum quietantias, nulla earum ratio habita fuit in Curia Halberſtadienſi,

LIB. XLVI. TIT. IV.

DE ACCEPTILATIONE.

Qv. I. *An acceptilatio fit ftipulatio?*

AFFIRM. *L.* 4. §. 1. *de V. O.* ibi: *At fi de eo cautum fit, amplius non agi &c.* (2) Per acceptilationem ipfo jure tollitur obligatio, *L.* 2. *L.* 3. *C. h.* Si vero non effet ftipulatio, fed pactum, non poffet tollere obligationem ipfo jure, *L.* 27. §. 2. *de Pact.* ibi: *non quidem ipfo jure, ficut tollitur ftipulatio per ftipulationem.*

Diffent. Laut. Pag. 643. verb. *non eft ftipulatio.*

OBJ. *L.* 1. §. 7. *d. V. O. l.* 3. §. 1. *eod.* ubi verborum obligatio tantum contrahitur, fi quid dari *fierive* promiffum eft, non ergo fi *non fieri.*

RESP. Sub *fieri* continetur *non fieri*, uti in illis ftipulationibus: *Capitolium non afcenfurum &c.* Obligatur nimirum promiffor, ut ftet ftipulationi de non petendo, ut Capitolium non afcendat &c. Priori igitur cafu re ipfa acceptilatio eft, *l.* 4. §. 1. *de V. O. d. l.* 27. §. 2. ubi ftipulatio, quæ ftipulationem tollit, acceptilatio dicitur.

Qv. II. *An acceptilationis caufa fit ex Jure Civili?*

AFFIRMATUR; nam eft verborum obligatio.

OBST. quod dicatur *Juris Gentium.*

RESP. quia peregrini quoque eo Jure utebantur Romæ: eoque facta eft Juris Gentium fecundarii. Rationem dedi *fupr. L.* 1. *t.* 1. *q.* 4. & in tractatu *de Princ. jur. nat. Part.* 1. *procem.* §. 2. *& P.* 2. *Sect.* 1. *p.* 9.

Laut. pag. 643. verb. *caufa eft Jus Civile &c.*

Qv. III. *An oblatio verbalis, vel realis fimplex tollat obligationem ipfo jure?*

NEGATUR, quia fola *realis & folennis* oblatio hunc effectum habet, ubi fcil. (1) actu, (2) opportuno tempore & loco, (3) teftato, (4) obfignatur tota fumma, præfente vel citato adverfario ac Judice, eaque (5) deponitur in loco publico, *L.* 19. *C. de Ufur. L.* 19. §. 9. *de Solut. L.* 1. §. 36. *Depof.*

Laut. pag. 645. verb. *de oblatione verbali &c.*

Adeoque *Verbalis* plane nihil operatur, nec pro folutione habetur. Nihil enim hic offertur, fane non offert, qui vult offerre: unde manet mora, manent acceffiones &c. *l.* 9. §. *f. de Pign. act.* ibi: *fi offerat.*

Realis vero ſimplex ſeu *non ſolennis* itidem non eſt pro ſolutione: attamen liberat reum a mora; quia jam per creditorem ſtat, quo minus ſolvatur. Unde (1) ſi res interim perit, perit domino, non vero debitori, qui non eſt in mora, *l.* 72. §. 1. *de Solut.* ibi: *offerentem poſtea periculo liberali. l.* 17. *§.* 1. *de Per. rei vend. l.* 91. §. 3. *de V. O.* ibi: *poſſe emendare eam moram poſtea offerendo.* (2) Debitor non ſolvit uſuras ex mora, *d. l.* 91. §. 3. quia paratus eſt ſolvere, adeoque nec mora eſt, nec pœna moræ, *l.* 22. §. *p. de V. O.* ibi: *Si Seja non ceſſaſſet ex ſtipulatione pecuniam offerre, jure uſuras non deberi. L.* 6. *C. de Uſur. & L.* 7. *ff. eod.* Non ergo liberat hæc oblatio ab uſuris, quæ non ex mora, ſed ex ſingulari æquitate & tanquam intereſſe debentur: hæc enim ſola depoſitione tolluntur, *L.* 2. *C. de Uſur. L.* 18. §. 1. *ff. de Uſur.*

Obstant (1) omnes illi textus, ubi depoſitione demum, adeoque oblatione ſolenni debitor liberatur.

Resp. Liberatur demum depoſitione a debito, at a mora, ejusque pœna, etiam per oblationem realem.

Obj. (2) *L.* 19. *C. de Uſur.* ubi debitor primo offerre, & ſi nolit recipere creditor, deponere debet, ad id, ut curſus uſurarum impediatur, & res periculo ſit creditoris.

Resp. Imperator reſpondet ibi ei: qui ab ipſa obligatione & pignore ac uſuris liberari cupiebat, ſcilicet id demum fieri per depoſitionem, quod omnino verum eſt. Conf. *L.* 10. *de Pign. act.*

Obj. (3) *L.* 28. *in f. de Admin. tut.* ubi non ſufficit, obtuliſſe, ad eum effectum, ut debitor liberetur ab uſuris, *niſi & depoſuit.* Idem traditur in *L.* 1. *in f. ff. de Uſur.*

Resp. Expreſſe additur in *d. L.* 1. quod in favorem pupillorum latior facta ſit interpretatio. Ratio in aprico eſt, quia uti pupillo ſolvi nequit, ita nec ei offerri poteſt: adeoque oblatio privata, pupillo facta, eſt ipſo jure nulla, nec per eam uſuræ ex mora ſiſtuntur.

Qu. IV. *An mutuo conſenſu tollatur obligatio?*

Affirmatur, ſi ſolo conſenſu contracta ſit, *L.* 35. *de R. J. L.* 80. *de Solut.* §. *fin. I. Quib. mod. toll. obl.* nec Legibus diſſolutio prohibeatur: iisdem enim modis quid diſſolvitur, quibus colligatur.

Hinc

Hinc (1) non tollitur mutuo consensu negotium traditione perfectum: sed tum res retrotradi debet, *L.* 58. *in f. de Pact.* (2) Matrimonium non solvitur mutuo dissensu, quia legibus id prohibitum est. *Vid. supr. tit. de Divort. & repud. qu.* 6.

Qv. V. *Quid sit confusio, & an ea tollat obligationem ipso jure?*

RESP. §. I. Confusio sumitur hic pro illo modo finiendi obligationem, quo creditor & debitor, vel reus ac fidejussor universaliter, & v. g. tanquam hæredes, invicem succedunt; quo sensu accipitur *in L.* 6. *C. de Haered. act. L.* 14. *C. ad L. Falcid. L.* 6. *pr. eod. L.* 7. *C. de Bon. auct. Jud. poss. vid. text. ad* §. 6. *&* 7. *in f. alleg.* *Laut. pag.* 646 *verb. Confusione.*

§. II. Confusio obligationum definitur, cum creditor & debitor, vel reus & fidejussor, alter alteri ita succedit, ut una eademque persona fiant, indeque obligatio, quæ inter eos fuit, propter confusionem extinguitur, *Struv. Exerc.* 47. §. 84. *ibique Dd. vid. L.* 58. *pr. L.* 59. *pr. ad SCtum Trebell. L.* 80. *in f. eod. L. pen. de Solut. L.* 21. §. 1. *de lib. leg. &c.*

§. III. Contingit vero illa confusio I. quando hostis, qui simul creditor vel reus principalis est, devicto hoste suo; vel debitore, vel fidejussore, illius occupat territorium, vel contra: Victoria enim ultima est titulus universalis, per quem victori omne imperium vel jus acquiritur, quod populus vel Princeps devictus habuit, uti id pluribus rationibus demonstrat *Dn. Parens in Disp. de Jure Victor.* §. 23. *& seq. vid. Grot. lib.* 3. *c.* 8. §. 1. *n.* 3. *& idem ibid. in not. Idem d. c.* 8. §. 4. Et hoc quoad actiones & nomina verum esse, exemplo Alexandri M. demonstratur *ibid.* §. 33. aliisque probat *Grot. in d.* §. 4. *& not. ad d.* §. 4. Ex dictis apparet, confundi per ultimam victoriam jura & debita publica, non privata, uti rationibus evincitur in *d. Differt.* §. 24. & inprimis §. 32. Unde ulterius demonstratur, factum Cæsaris, quo Flavio debitum Dyrrachinis remisit atque donavit, irritum fuisse, *d. Differt.* §. 33. Ita non potuit Mithridates civitates Græcas libertate donare, & debitoribus remissionem per præconia polliceri, *Appian de Bello Mithrid. n.* 202. nam utrobique debita erant privata.

§. IV. Frequens autem II. est confusio, quæ fit per aditionem hæreditatis, quando nimirum α) creditor fit hæres sui debitoris, *l.* 95. §. 2. *de Solut.* vel contra, quando debitor existit hæres sui creditoris, *d. l.* 95. §. 2. *l.* 75. *eod. l.* 3. *C. de Fideic. Laut. Disp. de Confus. th.* 51. *l.* 21. §. 3. *de Fidej. Hering. de Fidej. c.* 20. §. 16. *n.* 7. 8. *ibique late Dd. & n.* 26. 27. *&*

& 29. *Wiſſenb. ad ff. d.* 28. *§.* 17. β) Si Fidejuſſor ſuccedit reo principali, *l.* 93. §. 2. *de Solut.* & *l.* 5. *de Fidej. l.* 13. *de Duob. reis. Hering. d.* §. 10. *n.* 31. vel ſi reus principalis ſuccedit fidejuſſori; *d. l.* 93. §. 3. utroque enim modo perimitur obligatio fidejuſſoris, tanquam minor & ſequior, *l.* 14. *de Fidejuſſ. l.* 3. *pr. de Separat. l.* 38. §. *f. de Solut. Hering. d. c.* 20. §. 16 *n.* 8. & 45. *Wiſſenb. ad ff. Dec.* 28. §. 18. *Brun. ad d. l.* 14. *Dn. Coccej. Diſp. de Cautione Correal.* §. 39. *Lauterb. Diſp. de Confuſ. th.* 52. *conf. infr.* §. 11. *p.* 601.

Neque Obst. *d. l.* 93. §. 2. ubi dicitur, hoc caſu non fieri confuſionem obligationis. Sed

Resp. Vox *non* transpoſita eſt, & ad §. 1. pertinet, quod TUM ex ratione *d.* §. 2. apparet, ubi, quoties ei obligationi, quæ ſequelæ locum obtinet, principalis accedit, confuſa eſt obligatio; aſt *in* §. 2. de tali caſu agebatur, ubi fidejuſſio accedit debito principali, TUM vero confirmatur ex vulgata & Holoandrina, ubi vox *non* omittitur, *Cujac. lib.* 11. *Obſ.* 35. & *l.* 7. *ad Afric. l.* 21. §. 1. *de Fidej. Brunn. ad d. L. Donell. lib.* 16. *Comment. in fin. Eckolt. lib.* 46. *t.* 3. §. 12. *Lauterb. Diſp. de Confuſ. th.* 50. *Dn. Coccej. Diſſert. §.* 41. *Brunn. ad L.* 5. *de Fidejuſſ.* TUM denique ex tot aliis textibus, *L.* 5. *de Fidejuſſ. &c.*

§. V. Hinc (1) ſecus eſt, nec confuſio fit, quando duæ obligationes æque principales invicem ſuccedunt, uti ſi reus correo, *l.* 39. §. 1. *de Solut* (cui vox *non*, quæ in §. 2. rejecta eſt, inſeri debet), idque confirmatur ex ratione, quæ ſubjicitur *in d. l.* 93. §. *quoties duae ſunt obligationes principales, alteram alteri potius adjici ad actionem, quam confuſionem parere*, quæ repetitur, in *l.* 13. *de Duob. reis. l.* 5. *de Fidej.* Idem eſt, ſi fidejuſſor confidejuſſori ſuccedat, *l.* 21. §. 1. *de Fidejuſſ. l.* 13. *de Duob. reis. l.* 5. *de Fidejuſſ.* nam duæ obligationes æque principales in unam perſonam concurrere poſſunt, quia ibi nullus mutuus intercedit reſpectus, at principalis & acceſſoria non poſſunt, quia ibi quædam eſt relatio, quæ neceſſario duas diverſas perſonas ſupponit, *d. l.* 5. *Fidejuſſ.* ubi ratio additur, *Laut. Diſp. de Confuſ. theſ.* 29. *Hering. de Fidejuſſ. c* 20. §. 16. *n.* 51.

Porro & (2) non fieri confuſionem, ex præcedentibus apparet, ſi obligatio principalis infirmior & ſequior ſit acceſſoria: nam ſecundum tradita in §. 4. fit quidem confuſio, quoties reus ſuccedit fidejuſſori, vel contra: ſed hoc tantum verum eſt, quando rei principalis obligatio fuit plena, civilis & efficax, per text. expreſſ. in *l.* 95. §. 3. *de Solut. Quod vulgo jactatur, fidejuſſorem, qui debitori haeres extitit, ex fidejuſſionis cauſa liberari: toties verum eſt, quoties rei plenior promittendi obligatio invenitur*, idque ita verum

rum eſt, etſi fidejuſſoris obligatio ſit ſequior, & v. g. naturalis; *nam*, pergit, *ſi reus duntaxat fuit obligatus, fidejuſſor liberabitur*, i. e. ſufficit, reum tantum cum effectu eſſe obligatum; hoc ipſo enim ſemper liberabitur fidejuſſor, ſive civiliter, ſive naturaliter obligatus, quia tum ſemper ejus obligatio ſequior eſt. Idem quoque cum alia ratione diſerte ita traditur in *l.* 21. §. 2. *verſ. Quodſi. de Fidejuſſ. Cum reus fidejuſſori haeres extitit, fidejuſſoria obligatio tollitur, quia tunc duplex obligatio civilis cum eodem eſſe non poteſt*, *eod. l.* 14. *eod. l.* 3. *pr. de Separ.* (ubi additur ratio), *l.* 5. *de Fidejuſſ. l.* 24. *C. eod.*

Secus igitur, ſi obligatio rei principalis infirmior, ſequior, & v. g. naturalis eſt; tunc enim non poteſt conſumere obligationem fidejuſſoris, quæ civilis eſt, idque expreſſe (1) ita traditur in *d. l.* 95. §. 3. *verb. Ex cauſa fidejuſſionis liberari: toties verum eſt, quoties rei plenior promittendi obligatio invenitur.* Ergo non liberatur fidejuſſor, quoties reus principalis tantum naturaliter obligatus eſt, ſed tunc utraque obligatio ſalva manet & concurrit. Quod (2) præterea evidentiſſime apparet ex *l.* 21. §. 2. *de Fidej.* ibi: *quod ſi ſervus manumiſſus* (qui proinde eſt reus principalis, ſed naturaliter obligatus) *fidejuſſori ſuo haeres exiſtat, durare cauſam fidejuſſionis putavit: & tamen nihilominus naturalem obligationem manſuram:* ibi ergo reus principalis, etſi hæres ſuo fidejuſſori exiſtat, manet & *naturaliter* obligatus ex ſua obligatione, & *civiliter* ex jure defuncti. Idque (3) ulterius apparet ex objectione, quam ſibi JCtus format; nam pergit: *nec his contrarium eſſe, quo cum reus* (ſc. qui cum effectu debitor eſt) *fidejuſſori haeres exiſtat, fidejuſſoria obligatio tollatur; quia tunc duplex obligatio civilis cum eodem eſſe non poteſt.* Ibi ergo ideo confuſione extinguitur fidejuſſoria, quia rei principalis obligatio æque civilis & plenior fuit. Hinc ſecus eſſe arguit, & utrumque concurrere ait, quando rei obligatio non eſt æque civilis. Sed & (4) hanc ſententiam extra omne dubium ſequentia ponunt JCti argumenta: *Retro quoque ſi fidejuſſor ſervo manumiſſo* (qui reus principalis eſt, & naturaliter debet) *haeres extiterit, eadem adverſus eum obligatio manet; quamvis & naturaliter teneatur.* Expreſſe, inquam, aſſeritur, fidejuſſorem, qui ſuccedit reo principali, naturaliter obligato, teneri tam ex naturali obligatione defuncti, quam manere obligatum ex fidejuſſione propria. Denique & (5) ratione id quoque confirmatur; quo enim pacto principalis obligatio naturalis perimi poſſet, cum acceſſoria ſola remaneret, quæ tamen per naturam ſine principali ſubſiſtere nequit, *l.* 129. §. 1. *ff. de R. J.* adeoque neceſſario obligatio ſalva manet: Atque ita ſentit *Brunn. ad L.* 21. *ff. de Fidejuſſ. Cujac. ad Papin. Lib.* 28. *pag.* 112. *lit. B. Carpz. Part.* 2. *Conſt.* 18. *Def.* 13. *n.* 8. *& ſeqq. Eckolt. l.* 26. *tit.* 3. *§.* 14. *in f. Donell. Enucleat. Lib.* 16. *c.* 4. *lit. f.*

Ex

Ex his ulterius jam apparet, quod Dd. re ipsa mecum conveniant, sed vix dici potest, quam misere textus in *l.* 95. §. 3. *de Solut.* ab iis corrumpatur. Cujacius ad *Papin. L.* 28. *p.* 112. verba: *Nam si reus duntaxat obligatur, fidejussor liberatur*, hoc modo corrigit: *nam si reus duntaxat natura obligatur, fidejussor non liberatur*, quam correctionem probat *Faber lib.* 8. *Conj.* 4. *&* *Carpz. P.* 2. *Const.* 18. *Def.* 13. sed præterea, quod illæ correctiones sint contra fidem Florentinæ ac plerorumque Codicum, jam demonstravi supra, non opus esse correctione, cum ex positis principiis sana & salva sit lectio *dictae Legis* §. 3.

Non fit confusio (3) si creditor hæres succedit fidejussori, qui nondum est obligatus, ut in *casu L. f. C. de Evict.*

Porro & (4) nulla fit confusio, nisi cum alter alterius fit universalis successor, v. g. hæres, nam aliis modis singularibus, v. g. novatione, acceptilatione, cessione &c. extinguitur quidem debitum, sed non confunditur; i. e. non potest obligatio debitoris vel principalis in personam creditoris vel accessorii deferri; sola enim hæreditatis aditio & universalis successio efficit, ut hæres cum defuncto sit una persona. Proinde neque effectus confusionis hic locum habent, *Hering. de Fidej. c.* 20. §. 95. *Hillig. ad Donell. Lib.* 16. *c.* 4. *lit. A. Brunn. Cent.* 2. *Dec.* 72. *n.* 1. *seq. Rennem. de J. Oblig. Disp.* 66. *th.* 15. *Dissent. Lauterb. th.* 10. *& latius th.* 29. *& seqq. Huber. praelect. J. Rom. Lib.* 20. *tit.* 16. §. 8.

Equidem aliquando etiam per *consolidationem*, adeoque modis singularibus confusio fieri dicitur, ut in *l.* 30. *pr. de Serv. urb.* sed confusio ibi alio sensu sumitur, scilicet pro quovis modo tollendi obligationem, quo sensu etiam passim in Jure accipitur, ita per *dationem in solutum*, si res majoris pretii alicui in solutum data est, res cum pecunia non *confundi*, i. e. non *perimi* obligatio dicitur *l.* 26 §. 4. verb. *non fit confusio. junct.* §. 4. verb. *peremptam esse obligationem. ff. de Condict. indeb.* Et hoc sensu *Faber in Cod. Lib.* 6. *tit.* 18. *def.* 23. *n.* 3. & in *n.* 6. *transactionem* vocat confusionem.

Sed & (5) pro ea parte tantum fit confusio, pro qua debitor &c. hæres creditoris est, si enim cohæredem habet, confunditur debitum saltem quoad dimidiam partem, per textum expressum *in L.* 1. *C. de Haered. act. & L.* 6. *C. eod. Richter. ad L.* 7. *C. de Pact. n.* 31. *Zanger. de Except. P.* 3. *c.* 9. *n.* 4. *Wissenb. ad ff. Disp.* 28. §. 17. *Hering. de Fidej. c.* 20. §. 16. *num.* 1. *Lauterb. de Confus.* §. 17.

Finga-

Fingamus ergo: C. mihi debere 100. Debitor me & fratrem meum instituit hæredes, quo casu non in solidum, sed saltem pro portionibus hæreditariis repræsentamus personam defuncti, indeque tantum pro parte ad hæreditaria debita tenemur, *l.* 10. *C. de Jure deliber. l.* 1. *l.* 2. *l.* 6. *C. de act. haered. l.* 3. *C. de Contr. Jud. l.* 10. *C. de Neg. gest. l.* 14. *C. ad L. Falc. l.* 7. *C. de Bon. aut. jud. poss.* Hinc illa 100. etiam ab utroque, sc. & a me, & a fratre præstanda erunt: cum vero meam partem non ipsi mihi solvere, nec ipse creditor & debitor esse possim, quoad hanc partem necessario fiet confusio: & extinguetur debitum, *dd. LL.* Sed pro ea parte, quam cohæres mihi solvere debet, non fit confusio; quia illam non mihi ipsi solvo, sed a cohærede accipio, *dd. LL. Struv. Exerc.* 47. §. 86. Confirmatur hoc porro exemplo legati. Finge: C. aliquis me & fratrem hæredes instituit, sed mihi legati nomine 100. relinquit: hæc 100. ab utroque haerede pro rata sunt præstanda, *l.* 45. §. *f. l.* 124. *de Leg.* 1. quia vero meam ratam mihi ipsi solvere non possum, hactenus dicitur fieri confusio, & deficere Legatum, *l.* 34. §. 11. & 12. *de Leg.* 1. *l.* 17. §. *f. junct. l.* 18. *eod. l.* 116. §. 1. *eod. Ulpian. tit.* 24. §. 22. & *l.* 34. §. 1. *de Leg.* 2. Sed pro ea parte, quæ a cohærede mihi solvenda est, valet legatum, neque confusio fit; quia non a me ipso accipio, sed a cohaerede, *dd. LL.* atque ex his principiis clara fit celebris illa & inter vexatas relata *L. Frater a fratre* 38. *de Cond. ind.* quam supr. *lib.* 12. *tit.* 6. *qu.* 6. latius exposui.

§. VI. Hæc, uti exposita est, confusio ipso Jure obligationem perimit, atque extinguit, & in eo omnes Leges unanimiter conveniunt, *L.* 5. *C. de Haer. act.* ibi: *Debiti petitionem extingui per confusionem non ambigitur. L.* 8. *ad SCt. Trebell.* ibi: *Confusa obligatio interciderat. l.* 95. §. 2. *de Solut.* verb. *in solutum cedit.* & *ibid.* § 3. *verb. liberari. l.* 12. §. 2. ibi: *Obligationem perimit. ff. de Fidejuss. Add. l.* 2. *C. de Solut. l.* 9 *l.* 41. §. 1. *ff. de Evict. l.* 3. *C. de Fideicom.* adeo, ut instar acceptilationis esse afferatur *in L.* 7. *de Solut. Sicut acceptilatio perimit obligationes, ita & confusio.* Quia *in l.* 1. §. 1. *de libert. leg.* dicitur, *quod confusione perinde extinguatur obligatio, ac solutione:* unde etiam *in L. pen ff. de Fidejuss. obligatio,* inquit, *ratione confusionis intercidit, aut, (quod est verius) solutionis potestate. Add. Brunn. ad L.* 93. & 94. & *L. pen. de Solut. Dec.* 224. *n.* 7. *Paris Consil.* 116. *n.* 49. *Vol.* 2. *Gvid. Pap. Dec.* 209 *num.* 2. *Cujac. in Papin. Lib.* 28. *pag.* 109.

§. VII. Ratio hujus Confusionis partim ex Jure Civili, maxime vero ex Jure Naturæ desumi potest. Cum enim 1) ex dispositione Juris Civilis

hæres repræſentet perſonam defuncti, ſive debitoris ſui, ſive creditoris, & cum eo habeatur pro una perſona, *Nov.* 48. *præfat. arg. L.* 2. *de Prætor. ſtipul.* ſponte ſua fluit, haeredem a ſe ipſo hoc debitum amplius exigere, & unam eandemque perſonam, creditorem ſimul & debitorem, ſive principalem & acceſſorium eſſe non poſſe, *Frantzk. L.* 3. *Reſ.* 5. *n.* 9. *Hering. de Fidejuſſ. c.* 7. *n.* 2. *p.* 131. *Laut. de Conſ. th.* 10. *&* 50. & hoc eſt, quod dicitur *in l.* 34. §. 8. *de Solut. pro eodem apud eundem deberi non poſſe; & in l.* 21. §. 2. *de Fidej. intelligi non poſſe, ut quis pro ſe jubendo obligetur. Add. L.* 41. *pr. &* §. 1. *de Evict.*

Nam 2) tota eſſentia & ſubſtantia obligationis hic deficit, utpote, quam in eo conſiſtere dixi *Lib.* 2. *tit.* 14. *qu.* 9. quoties quis aliquid alieni tenet: hæres autem nihil alieni hic tenet, quoties creditum in illum tanquam proprium jure haereditario transfertur.

Porro & 3) obligatio definitur, quod ſit vinculum juris, quo neceſſitate adſtringimur; nemo auten ſibi ipſi vinculum imponere poteſt, neque haeres ſe ipſum neceſſitate aliqua adſtringere valet.

Nam 4) eſſet hæc obligatio in debitoris arbitrium collata, utpote in cujus poteſtate foret, actionem contra ſe inſtituere, vel non, quod naturæ obligationis plane contrariatur. Egregie ait Marcianus *in L. pen. de Recept. qui arbitr. rec.* verb. *nemo imperare ſibi, neque ſe prohibere quisquam poteſt. l.* 20. §. 1. *de Fideicom. libert. l.* 7. §. 8. *de Donat. inter vir. & ux. l.* 46. §. *f. & l.* 17. *l.* 108. §. 1. *de V. O.* uti & ratio allegatur in *L.* 8. *ff. de act. Pro non dicto enim eſt, quod dare, niſi velis, cogi non poſſis.*

Praeterea & 5) conſtat, obligationem conſiſtere in neceſſitate aliquid alii præſtandi, §. 1. *I. de Obl.* aſt, confuſione facta, nemo eſt, qui ab hærede, vel a quo hæres aliquid petat, nemoque ſibi aliquid abeſſe contendit, vel contendere poteſt.

Sed & 6) obligatio conſiſtit in relatione quadam inter creditorem & debitorem, ſive inter fidejuſſorem & reum principalem: relatio autem tantum eſt inter perſonas diverſas, & in una eademque perſona per naturam conſiſtere nequit, *Laut. de Confuſ. Th.* 9. *&* 58.

Accedit 7) quod obligatio ſemper ſit *active* in creditore, & ipſi aliquid præſtari debeat, *paſſive* in debitore, ita, ut ipſe aliquid præſtare teneatur; directo autem invicem pugnant, actionem, & paſſionem in eadem perſona concurrere poſſe, *Trentac. Var. Reſ. Lib.* 3. *Reſ.* 51. *n.* 1. *Hering.* de

de Fidej. c. 20. §. 16. *n.* 13. *Berl. P.* 2. *Dec.* 275. *n.* 10. & 11. *Frantzk. Ref.* 5. *Lib.* 3. *n.* 3.

Denique & 8) effectu careret obligatio hæc; hæres enim per actionem jus suum persequi, & agere ad sibi solvendum vel præstandum deberet, at frustra peteret, quod jam habet per successionem: quod proprium est alicui, amplius ejus fieri nequit, §. 10. *I. de Leg.* §. 14. *I. de act. l.* 3. §. 4. *de Acquir. poss. L.* 159. *de R. J. l.* 14. §. 2. *de Exc. rei jud.*

§. VIII. Verissima ergo est sententia, confusione ipso Jure obligationem extingui, neque id tantum de mixta & civili obligatione verum est, sed & de naturali, quæ sc. omnes debiti effectus habet præter actionem, *L.* 7. *pr.* & §. 4. *de Pact. Du. Par. Hypomn. Inst. tit. de Obl.* §. 2. 3. nam etiam hic per naturam impossibile est, ut quis sibi ipsi debere & obligatus esse possit; nemo enim contra se ipsum excipere: a se ipso deducere &c. potest, idque disertis verbis traditur in *L.* 38. *de Condict. ind.* ibi: *Naturalem enim obligationem hoc ipso sublatam videri*; & *l.* 21. §. 3. *ff. de Fidej. vid. late Cujac. ad Afric. p.* 584. *tit.* 6. & *ad L.* 38. *de Condict. indeb. p.* 578. ubi novem allegat rationes, *Hillig. ad Donell. Lib.* 12. *c.* 2. *Lit. Q.*

§. IX. His consequenter omnes obligationes inter defunctum & haeredem confunduntur, sive sint ex Jure IN RE, (quicquid dissentiat *Cujac. ad Afric. tr.* 7. *p.* 493. *Lit. G.* & *Godofr. ad. L.* 59. *pr. ad SCt. Trebell. Lit. A.* nimirum 1) *Dominium* tam directum, quam utile, *Lauterb. Disp. de Conf. th.* 37. e. g. *Feudum. th.* 38. *Emphyteusis*, *th.* 39. *Superficies*, *th.* 40. *Bona censitica*, *th.* 41. *Bona libellaria*, *th.* 43. 2) *Servitus* tam REALIS, si idem utriusque prædii dominus esse cœpit jure haereditario, *L.**1. *Quemadmodum serv. am. junct. L.* 116. §. 2. *de Leg.* 1. *Struv. tit. Quib. mod. serv. amitt.* §. 54. *Brunn. ad L.* 30. *de Servit. urb.* & *ad d. L.* 1. *Laut. d. Disp. th.* 44. quam PERSONALIS, quando *ususfructus*, *habitatio*, *usus* &*c.* acquiritur domino proprietatis, tanquam haeredi, vel contra, *arg.* §. 3. *I. de Usufr. Laut. de Disp. th.* 45. & 40 3) De *pignore* quoque ita sentit *Lauterb. de Confus. th.* 47. & *tit. Quib. mod. toll. obl.* & communis fere Dd. sententia, per confusionem pignus extingui, affirmat, uti id aliquot præjudiciis probat *Riccius Decis. P.* 4. *Collect.* 1462. Quod uti de obligatione personæ defuncti negari nequit, ita verum non esse in genere & de ipso pignore, infra plenius demonstrabo.

Sive sint ex Jure AD REM, uti, si mihi aliquis debet ex contractu vel quasi: ex delicto, vel quasi, *Laut. th.* 48. adeoque sive ex actione reali, sive personali, eaque vel pœnali, vel rei persecutoria, *Lauterb. dict. Disp.*

 th.

th. 56. DISSENT. *Eckolt. Lib.* 46. *tit.* 3. §. 12. Quæ omnia, cum positis principiis sponte sequantur, & præterea late evoluta sint ab incomparabili JCto, Dn. *Laut. in all. Disp.* illuc me remitto, utpote, cum mihi propositum sit saltem naturam & effectum hujus confusionis novo & singulari modo demonstrare.

§. X. Hoc tamen omittendum non est, sublata obligatione principali, necessario actiones quoque liberari, quæ sine persona principali subsistere non possunt. Hinc 1) *usuras* quoque per confusionem debiti principalis, sive sortis tolli necesse est; hæ enim sunt accessio, & sua natura sortem requirunt, *l.* 95. §. 1. *ad L. Falcid. junct. L.* 24. *de Usu & usufr. leg.* indeque semper finiuntur ac perimuntur sublata sorte, *L.* 90. *ff. de V. O. L.* 18. *L.* 27. *de Novat.* Conf. *Lauterb. d. Disp. th.* 11. Porro, & 2) *fidejussio* quoque extinguitur confusa obligatione principali, neque creditor, qui debitori hæres existit, contra debitoris fidejussorem agit, neque ab eo convenitur, *L.* 43. *de Solut. l.* 21. §. 3. *de Fidej. L.* 71. *pr. eod. L.* 50. *ff. de Fidej. l.* 38. §. 1. *eod.* quia enim per confusionem obligatio principalis sublata est quoad personam; *vid. supr.* §. 3. necessario simul corruit fidejussio, quæ sine principali esse nequit, *l.* 129. §. 1. *L.* 178. *ff. de R. J. L.* 26. *pr. C. de Usufr. L.* 43. *de Solut.* inprimis, cum fidejussor non possit pro eodem apud eundem debere, sed alius requiratur, pro quo quis apud aliquem intercedat, uti ratio quoque additur in *d. l.* 21. §. 3. *& d. L.* 71. *pr.* & inprimis *d. l.* 38. §. 1.

OBJICI solet *l.* 41. §. 2. *ff. de Evict.* ibi: *Utroque casu fidejussores teneri.*

RESP. Duæ ibi sunt venditiones, nam primus vendit domum secundo, cavetque de evictione, dato fidejussore C. Postea hic secundus iterum vendit tertio, qui mox hæres secundo existit, evincitur fundus, & quæritur: an tertius succedendo in locum & jus sui venditoris secundi possit contra primum vel ejus fidejussorem C. agere de evictione? Quod affirmatur: nam defunctus eo nomine actionem habebat, ita & ejus heres. *Vid. Lauterb. d. Disp. th.* 48.

Deinde & magis OBSTAT *l.* 21. §. 3. *in f. de Fidej.* ibi: *Quod si possessio rerum debitoris data.*

RESP. Hic plane non fit confusio, neque consolidatio, sed creditor mittitur in bona debitoris, adeoque hic jus creditoris & debitoris non in una concurrit persona; nam debitor manet dominus, & creditor nudum jus pignoris, quod in securitate consistit, acquirit, *L.* 26. *de pign. act. L.* 6.

de

de Pign. praet. Hinc apparet, quam parum opus fuerit, mutare lectionem illius §. 3. & pro lubitu ei inserere negativam, uti fecit *Fabr.* 1. *Conject.* 17.

Non tamen 3) per confusionem extinguuntur pignora, etsi communiter Dd. id sentiant, cujus rei rationem mox videbimus.

§. XI. In genere hactenus demonstravi, obligationem extingui per confusionem ipso jure, quod tamen non ita crude accipiendum, quasi omnis effectus obligationis perimatur, sed, quod sola actio personæ impediatur, utpote, quæ contra se ipsam agere non potest; ast obligatio, quæ rei inhæret, omnino manet.

§. XII. Cum enim nulla obligatio tota & in solidum extinguatur, nisi vel solutione per *tit. I. Quib. mod. toll. obl. L.* 107. *de Solut. l.* 95. §. 4. *eod.* vel tali modo, quo creditori volenti satisfactum est, *L.* 19. *L.* 53. *de Contrah. empt. l.* 38. §. 2. *de Liber. caus.* §. 41. *I. de R. D. L.* 49. *de Solut. L.* 52. & 53. *eod. l.* 13. §. 4. *de Pignor. l.* 4. §. 3. *de Re jud.* & naturalis quoque obligatio hoc demum modo perimatur, *l.* 95. §. 4. *de Solut. junct.* §. 41. *de R. D. L. f. de Jurejur.* facile apparet, confusionem non esse solutionem, neque satisfactionem, indeque nullo modo totam obligationem extinguere posse.

(1) Quo enim pacto creditori defuncto hic satisfactum dici potest, si ei post mortem hæres existat debitor, (sive naturaliter, sive civiliter obligatus, *l.* 21. §. 3. *ff. de Fidej.*) cum existentia illa hæredis sæpius ignorante, quin invito creditore defuncto contingere possit, neque hic animus satisfaciendi, qui tamen requiritur, est: nam, cum ideo satisfactio pro solutione sit, *quia sibi imputare debet creditor, quod satisfactionem admisit vice solutionis*, *l.* 6. §. 1. *Quib. mod. pign. vel hyp. solv.* sequitur, non esse hic satisfactum, ubi creditor nunquam admisit satisfactionem, neque de ea unquam cogitavit.

(2) Hinc, cum dubitaret JCtus in *L.* 71. *pr. de Fidej.* an confusio sit instar solutionis, ita, ut totum debitum extinctum sit, an vero persona tantum obligationi exemta videatur? ita decidit: *Et puto, aditione haereditatis, cônfusione obligationis, eximi personam.*

(3) Tota ergo ratio, cur per confusionem extinguatur obligatio, non est, quia voluntati creditoris satisfactum est, sed, quia creditum & debitum per aditionem haeredis in una ipsius persona concurrit, adeoque, quia impedimentum est in sola actione; nam nemo amplius est, a quo peti debitum queat, & necessario a se ipso petere deberet, quod est contra naturam actionum & obligationum.

 Idque

Idque (4) ex ipsis Legibus probatur, etsi enim in *L.* 75. *de Solut. L. pen. eod. l.* 21. §. 2. *de Lib. leg.* & aliis supra allegatis textibus, hæc confusio instar solutionis esse dicatur, indeque ea obligationem ipso jure perimere videatur, tamen textus illos de sola actione & obligatione loqui, negari non potest. Id enim expresse dicitur in *d. L.* 75. *Sicut acceptilatio in eum diem praecedentes peremit NB. actiones, ita & confusio: nam, si debitor heres creditori extiterit, confusio haereditatis peremit NB. petitionis actionem;* ita in *l.* 5. *C. de Haered. act.* ibi: *Debiti petitionem extingui per confusionem.* Item *l.* 9. *ff. de Evict.* ibi: *Amissam actionem pro evictione.* Quin expressis verbis *in l.* 7. *pr. de Fidej.* confusio negatur esse instar solutionis, sed asseritur, solam personam eximi obligationi. Clarissime etiam id traditur *in l.* 59. *pr. ad SCtum Trebell.* ibi: *Verum est enim non esse solutam pecuniam, quemadmodum dicimus, cum amissa est actio per exceptionem,* sed & evidentissime id traditur *in l.* 30. *inf. ff. de Exc. rei jud.* Add. *Dn. Parens in Disp. de Caut. corr.* §. 37.

Sed & (5) ex effectibus res clara fit, quando enim non agitur de actione inter hæredem & defunctum, (quæ sola impeditur per confusionem), sed tertius quidam est, qui agere, vel a quo exigi cum effectu potest, tunc omnino hic illud debitum petere, vel ex eo conveniri poterit, quia cessat illud impedimentum personæ; jam enim hæres non tenetur a se ipso exigere, vel sibi ipsi præstare, utpote, cum tertius quidam sit, qui sine impedimento ex illa obligatione valide vel agere, vel conveniri potest, quod fieri non posset, si tota obligatio extincta esset ipso jure, *l.* 61. *ff. de Solut.* nam quod semel in perpetuum extinctum est, amplius reviviscere non potest, *l.* 98. §. 8. *ff. de Solut. Barbos. Loc. Comm. Lib.* 1. *c.* 16. *Axiom.* 4. *& Lib.* 5. *c.* 48.

Hinc jam (6) est, quod hæres CREDITOR (etsi adeundo hæreditatem suam actionem contra defunctum perdat) si postea ex fideicommissi necessitate hæreditatem tertio restituat, contra hunc cum effectu experiri, & pristinum debitum petere possit, per *l* 59. *pr. ff. de SCt. Trebell.* ibi: *Non tantum retentio, sed etiam petitio pignoris nomine competit.* Quia nôn contra defunctum agit, sed contra pignoris illius possessorem, & ita Dd. comm. tenent. *Surd. Dec.* 333. *n.* 16. Id. *Consil.* 7. *n.* 23. *Natta Cons.* 255. *n.* 9. *Hillig. ad Don. L.* 7. *c.* 28. *lit. D.* Idem est, si hæres creditor post aditam hæreditatem illam tertio vendat, tunc poterit agere contra tertium emptorem ad debitum restituendum per text. expreff. *in l.* 2. §. 18. *ff. de Haered. & Act. Vend.* ibi: *Cum quis debitori suo haeres existit, confusione creditor esse desinit, sed si vendidit haereditatem, aequissimum videtur, emtorem haereditatis vicem haredis obtinere, & idcirco teneri venditori haereditatis, sive cum moritur, testator*

tor debuit, quamvis post mortem debere desiit, adita a venditore haereditate: sive quid in diem debeatur, sive sub conditione, & postea conditio extitisset, ita tamen, si ejus debiti adversus haeredem actio esse poterat: ne forte etiam ex his causis, ex quibus cum haerede actio non est, cum emtore agatur. Idem porro confirmatur ex *d. l.* 2. §. 15. ibi: *Si Titius Mevii haereditatem Sejo vendiderit & a Sejo haeres institutus, eam haereditatem Attio vendiderit, an ex ... venditione haereditatis cum Attio agi possit? Et ait Julianus, quod venditor hareditatis petere a quolibet extraneo haerede potuisset, id ab haereditatis emptore consequatur, & certe, si Sejo alius haeres extitisset, quicquid venditor Mevianae haereditatis nomine praestitisset, id ex vendito actione consequi ab eo potuisset. nam etsi duplum hominis a Sejo stipulatus fuissem, & ei haeres extitissem, eamque haereditatem Titio vendidissem, evicto homine rem a Titio servarem.* Probatur id ulterius per *L.* 2. §. *p. ff. de Haer. & act. vend.* ibi: *Si servitutes amisit haeres institutus adita hareditate, ex vendito poterit experiri adversus emptorum, ut servitutes ei restituantur.* & in *L.* 9. *ff. Comm. praed.* ibi: *si ejus, cujus praedium mihi serviebat, haeres extiti, & eam haereditatem tibi vendidi: Restitui in pristinum statum servitus debet, quia id agitur, ut quasi tu haeres videaris extitisse. Laut. d. Diss. th.* 20. Add. *L.* 23. *de Act. vend. L.* 2. §. 15. *in f. eod. Godofr. ad L.* 20. *ff. de Haered. & act. vend. Cujac. Lib. ad Afric. in d. L.* 20.

Et hoc adeo verum est, ut si quis creditor facta confusione hæreditatem vendiderit, nec debitum retinuerit, solutum tanquam indebitum per condictionem indebiti repetere posiit, *L.* 45. *ff. de Cond. ind.*

Idem vero est (7) si hæres debitor, (qui adeundo hæreditatem liberatur a suo debito) postea totam hæreditatem fideicommissario tertio restituat, vel alii vendat, nam tunc v. g. emtor contra hæredem venditorem agit, etiam ratione ejus, quod ipse venditor hæreditatis defuncto debeat, *l.* 20. §. 1. *ff. de Haer. vel act. vend. Quod,* sc. ut actione ex emto teneatur, *etiam in illa propositione procedit, cum quis ipse creditori suo haeres existit, & haereditatem vendidit; non enim hic obstat aliquod impedimentum, neque de actione inter haeredem & defunctum quaeritur, sed de actione inter haeredem venditorem & tertium emtorem.* vid. *Laut. Disp. de Conf. th.* 20. *Cuj. d. L. Imprim. p.* 490. *ubi late etiam L.* 20. *explic.*

Utrumque, quod in præcedentibus afferui, egregie rationibus quoque confirmatur in difficili *l.* 41. §. 2. *de Evict.* cujus casus hic est: *Primus* vendidit fundum alienum *secundo*, cavetque de evictione dato fidejussore *Titio.* Postea *secundus* vendit eundem fundum *tertio*, cui mox venditione peracta existit hæres, vel contra. Interim fundus ille tanquam alienus a vero domino evincitur, & hæredi eripitur, quæsitum fuit: an hic hæres possit

poſſit agere contra fidejuſſorem Titium de fundo evicto? Ratio dubitandi eſt, quod *tertius* emptor deberet evictionem petere a *ſecundo* debitore, cum vero emptor & venditor per aditionem hæreditatis una perſona eſſe videantur, omnis quoque actio, & ipſa evictionis obligatio per confuſionem hanc extincta videtur; quia hæres & peteret evictionem, & ſibi ipſi eandem præſtare deberet: hisce reſpondet JCtus: *Exiſtimo autem, utroque caſu fidejuſſores teneri*; & addit rationem: *quoniam & cum debitor* (ſc. ſecundus) *creditori ſuo* (ſc. tertio) *haeres extiterit, ratio quaedam inter haeredem & haereditatem ponitur, & intelligitur major haereditas ad debitorem* (ſc. ſecundum) *pervenire quaſi ſoluta pecunia, quae debebatur haereditati* (ab illo ſecundo) *& per hoc minus in bonis hæredis eſſe.*

Senſus hujus rationis eſt, quod hic non quæratur de actione, quæ fuit inter defunctum & hæredem; hæc enim ſublata eſt per confuſionem, ſed quod quæſtio vertatur inter hæredem & hæreditatem, i. e. hæres ſive debitor ſecundus præſtitiſſe evictionem, & ſolviſſe pretium rei venditæ iterumque evictæ videtur, indeque hæreditas major, i. e. plena ad hæredem perveniſſe dicitur. Sed hoc ipſo jam aliquid abeſt hæredi ſecundo, (nimirum id, quod ipſe hæreditati evictionis nomine ſolviſſe videatur), indeque regreſſum habet contra ſuum venditorem primum, ejusque fidejuſſorem Titium, ut damnum per venditionem rei alienæ reſtituant.

Jam vero JCtus ad alterum caſum tranſit, ubi creditor fit hæres debitoris, & ita pergit: *Et ex contrario, cum creditor debitori ſuo haeres extitit: minus in haereditate habere videtur, tanquam ipſa haereditas haeredi ſolverit.* Senſus eſt, quod, ſi creditor tertius, cui venditus eſt iſte fundus, poſt evictionem ſuccedat ſecundo debitori ſuo, etiam adhuc ſalva maneat actio, non quidem contra ſecundum, (nam hactenus obligationes confuſæ ſunt), ſed contra primum, ejusque fidejuſſorem Titium, quia ipſi hæreditati aliquid abeſt, (ſcil. pretium, quod pro evicto fundo defunctus venditori ſecundo ſolvit), quod proinde non tam defunctus ſecundus, quam ipſa ejus hæreditas ſolviſſe videtur, hujus ergo nomine agit hæres tertius contra primum, ejusque fidejuſſorem ad indemnitatem.

Hac Legis ratione ita enucleata, inde colligo, confuſionem tum demum obligationes tollere, quando hæres tanquam creditor contra defunctum agere vult, vel aliquid tanquam debitor ei ſolvere tenetur; tunc enim impeditur actio, quia a ſe ipſo peteret, vel contra ſe ipſum ageret. Secus ergo ſi jus contra tertium ſalvum eſt, uti hic contra fidejuſſorem; tunc enim alia eſt obligatio fidejuſſoris, alia defuncti. Evidenter id apparet ex eo, quod hæres creditor vindicare rem ſuam a defuncto alienatam poſſit a quocunque

quocunque possessore, *l.* 73. *de Evict.* (quanquam tunc repellatur exceptione doli, quod contra factum defuncti veniat, *L.* 14. *C. de Evict. d. l.* 73.)

Ex eadem quoque ratione (8) dicendum, quodsi HÆRES DEFUNCTO DEBUERIT, hæreditas revera auctior fiat, per *l.* 41. §. 2. *de Evict. Vers. praeced.* Cujus rei effectus insignis hic est, quod eo majorem detrahat Falcidiam, quia hoc ipsum debitum in Falcidiam imputatur, *l.* 1. §. 18. *ad L. Falcid.* ibi: *tamen locupletiorem haereditatem percipere videtur, ut computetur, ei, quod debet, quamvis aditione confusum sit.*

Ita (9) & a contrario dicendum est, quod si defunctus hæredi debeat, hæreditas revera fiat minutior, *d. l.* 41. §. 2. ad eum effectum, ut hæres minorem detrahat Falcidiam, quia hoc ipsum debitum hæres tanquam æs alienum ante omnia detrahit, eoque detracto a reliquis demum bonis defuncti Falcidiam detrahit per text. expr. in *l.* 6. *pr. ad L. Falcid.* ibi: *In imponenda ratione Legis Falcidiae omne aes alienum deducitur, etiam, quod ipsi haeredi mortis tempore debitum fuerit, quamvis aditione haereditatis confusae sint actiones.* Clarius idem ita traditur in *l.* 87. §. 2. *ff. eod.* ibi: *Si quis haeredem instituerit eum, cui rogatus fuerat, post mortem* 100. *restituere, in ratione Legis Falcidiae* 100. *deducere debet, quia si alius quilibet haeres extitisset, haec* 100. *in aere alieno pone-rentur. Add. L.* 51. *Ad SCt. Trebell.*

Hinc (10) etiam est, quod fidejussor succedendo creditori non liberet reum principalem, (etsi solvendo eum ipso jure liberet, per *pr. Inst. Quib. mod. toll. obl. Vid. Hering. de Fidej. p.* 381.) nam etsi obligatio fidejussoria ipso Jure per confusionem sit extincta, hoc tamen non est propter solutionem, sed quia persona agere nequit, debitum enim ipso Jure subsistit. *Vid. L.* 43. *de Solut.* ibi: *In omnibus speciebus solutionum etiam accessiones liberantur &c. praeterquam, quod inter creditorem & appromissorem confusione facta reus non liberetur.*

Porro & (11) hæc causa est, cur correus debendi succedendo creditori non liberet correos; nam correi demum liberantur per solutionem unius, cum vero hic solutio non sit, sed impedimentum saltem inter hæredem correum & defunctum, in omnibus reliquis casibus, ubi impedimentum illud cessat, adeoque & in reliquis correis obligatio durabit, *arg. l.* 43. *de Solut. Dn. Cocc. Disp. de Corr. obl.* §. 35.

Denique & (12) ex præcedentibus apparet, cur per confusionem pignora quoque non liberentur, quæ vel hæres dedit defuncto; *Vid. supr.* §. 8. vel quæ defunctus dedit hæredi: nam pignus non solvitur, nisi per so-

lutionem debiti, aut per satisfactionem, per text expreſſ. in *l.* 13. §. 4. *de Pignor. act. L.* 6. *pr. Quib. mod. dign. solv.* confusio autem neque est solutio, neque satisfactio.

§. XIII. Facile ex his constat, pignora ipso jure subsistere, & hactenus saltem actionem sublatam esse; quia persona a se ipsa petere pignus non potest. Quoties ergo illud impedimentum cessat, & v. g. hæreditas defuncti debitoris, sub qua etiam pignus illud continetur, per fideicommissum restituta est tertio, omnino actio hypothecaria contra tertium intentari poterit; quia verum est, solutum non esse, adeoque iniquum esset, cum satisfactum non sit, & satisfieri jam possit, tolli pignus, quod securitatis causa constitutum est, quod expresse ita disponitur in *L.* 59. *pr. Ad SCt. Trebell.* ubi creditor, qui pignus habet, debitori suo existit heres, sed totam hæreditatem, adeoque & pignus alicui T. fideicommissario restituit, quæsitum ibi fuit, an ille creditor actione pignoratitia repetere pignus a fideicommissario possit; videbatur negandum, quia per confusionem pignus sublatum videtur, sed nihilominus *JCtus in l.* 38. §. *f. de Solut.* & in *d. l.* 59. *pr.* contrarium decidit, ibi: *Sed & si fideicommissarius rem teneat, & huic Serviana actio tenebit*; & mox: *Igitur non tantum retentio, sed & petitio pignoris nomine competit*; rationem quoque addit JCtus: *Remanet enim propter pignus naturalis obligatio*, h. e. debitum Jure Gent. adhuc subsistit, quia nec solutum est, neque satisfactum, neque etiam de actione debitoris contra debitorem; sed contra tertium quæritur, ubi confusio facta non est.

Facile ex his apparet, quantopere Dd. a vero intellectu hujus difficillimi textus aberrent, qui tamen, positis principiis, nullam amplius difficultatem habet. Patet, inquam, 1) male *Bachovium de Pignorib. Lib.* 5. *c.* 2. *n.* 7. rationem hujus rei, & quod pignus per confusionem non tollatur, in eo ponere, *quod confusio sit modus mere Civilis*, ut obligationem naturalem perimere plane non possit, nam 2) falsum est, confusionem ex civili saltem ratione tollere obligationem, *supr.* §. 3. 3) Falsum quoque est, quod naturalem obligationem non tollat, per tradita §. 8. 4) Et consequentia quoque falsa est, quod modus civilis obligationem naturalem perimere non possit; nam per usucapionem, sententiam Judicis, per præscriptionem longi & longissimi temporis, contrarium evidentissime demonstratur, utpote quibus modis mere civilibus omnes obligationes plenissime finiuntur. Porro & 5) male putat idem *Bachovius* verba *d. L.* 59. *Propter pignus manere naturalem obligationem*; nimis scrupulosa esse, imo veritati & æquitati non convenire, in *d. tract. Lib.* 5. *c.* 2. *n.* 7. *p. m.* 364. *in pr.* ubi id late & operose prosequitur. Sed omne dubium evanescit, distinguendo inter obligatio-

ligationem perſonarum, & reliquos effectus debiti, illa per confuſionem tota perimitur, non vero hi, quia ſolutum nondum eſt.

Hinc quoque apparet ratio, cur aliud ſit in fidejuſſore, qui liberatur confuſo principali debito; nam fidejuſſio eſt mera acceſſio rei principalis, nec eſt proprium, ſed idem debitum, *l.* 27. §. 1. *de Fidej.* ibi: *aeque hic quoque pertinebit ad eandem cauſam*; item in *l.* 1. §. 8. *de O. & A.* ibi: *eadem obligatione;* indeque etiam appromiſſor dicitur, *L.* 43. *de Solut. l.* 5. §. 2. *de V. O.* Unde ſponte ſequitur, ſublata obligatione perſonæ, neceſſario quoque peremtam videri obligationem fidejuſſoris, quæ ſine perſona principali concipi nequit. Secus eſt in pignoribus, ibi enim aliud eſt debitum principale, aliud pignoris, hoc ſubſiſtit, etiamſi perſona per confuſionem deſinat eſſe obligata; nam reliqui effectus debiti adhuc manent, ſive debitum naturale, quod ſufficit ad eum effectum, ut pignus valide accedere queat.

§. XIV. Ultimo loco notandum, quod confuſio non debeat nocere tertio creditori: hinc eſt, quod, non obſtante confuſione, beneficium ſeparationis locum habeat, *L.* 13. *pr. de Separ.* Caſus hic eſt: Ego debeo 1000. Titio, & ideo dedi fidejuſſorem, ego poſtea ſuccedo ut hæres fidejuſſori, hic jam confuſa eſt obligatio, quæ inter nos fuit, interim Titius creditor fidejuſſoris demortui petit ſeparari bona fidejuſſoris a bonis meis, tanquam rei principalis, ad eum effectum, ut ipſi ex fidejuſſoris bonis ſatisfiat, quæritur, an creditor valide ita petere queat? Videtur, quod non, quia obligatio fidejuſſoris extincta eſt per confuſionem, adeoque exinde nihil amplius peti poſſe videtur: ſed aliud diſponitur in *d. L.* 3. *Nihilominus ſeparatio impetrabitur petente eo, cui fidejuſſor erat obligatus*, additque rationem: *Neque enim ratio juris, quae cauſam fidejuſſionis propter principalem obligationem, quae major fuit, excluſit, damno debet afficere creditorem, qui ſibi diligenter proſpexerat.* Senſus eſt, quod quidem reſpectu hæredis, tanquam rei principalis, obligatio ſit confuſa, quia nemo ſimul poteſt eſſe debitor & fidejuſſor, ſed non quoad creditores, ubi ceſſat illud impedimentum, qui proinde petunt, ex bonis fidejuſſoris ſibi ſatisfieri, ac ſi fidejuſſor adhuc exiſteret, imprimis, cum beneficium confuſionis non debeat præjudicare aliis creditoribus. *Vid. Laut. Diſp. de Separ. c.* 3. §. 11.

§. XV. Ceſſat vero confuſio I) inter eos, ad quos aditio hæreditatis, ejusque effectus non pertinet, per ea, quæ tradita ſunt *ſupr.* §. 17. *n.* 11. uti exemplum eſt in *l.* 21. §. 4. *de Fidej.* Si ille, qui pro duobus correis fidejuſſit, uni correorum hæres exiſtit, perimitur ſaltem obligatio inter defunctum correum & hæredem, propter aditionem, ſed ratione alterius cor-

rei manet fidejuſſor; quia ejus hæres non fuit, adeoque obligatio per confuſionem extincta videri nequit, *d.* §. 17. *n.* 7. Aliud exemplum eſt in *d. l.* 21. §. 5. Quando fidejuſſor creditori hæres extitit, tum quidem confunditur obligatio, quæ inter hos duos extitit, ſed per hanc confuſionem non liberatur reus principalis, utpote ad quem non pertinet aditionis effectus. Confer. *L.* 43. *ff. de Solut.* & *d.* §. 17. *n.* 7. adeoque reus principalis tenebitur fidejuſſori, non quidem mandati actione, nam revera nihil ſolvit, ſed actione ex ſtipulatu, tanquam creditori, nam in creditoris locum & jus fidejuſſor ſucceſſit. *d.* §. 5.

Cui tamen valde Obst. *L.* 11. *Mand.* ubi hoc caſu non datur actio ex ſtipulatu, ſed mandati, verb. *Si ei, cui damnatus ex cauſa fidejuſſoria fueram, haeres poſtea extitero, habeo mandati actionem.*

Resp. Ibi fidejuſſor plene jam, quin ſolus obligatus eſt, adeo, ut per litis conteſtationem & ſubſecutam rem judicatam novatio quædam facta, & prior obligatio etiam ipſius rei principalis penitus ſublata ſit: ibi E. fidejuſſor jam ſolviſſe, indeque reus principalis liberatus videtur: adeoque merito habet actionem mandati. Hæc deciſio clara fit ex verbis alterius textus in *l.* 21. §. 5. *de Fidejuſſ.* ibi: *Cum reus obligatus maneat, non poſſe intelligi ipſum a ſe Fidejuſſorem pecuniam exegiſſe.* Adeoque ibi fidejuſſor ideo non agit actione mandati, quia nondum erat condemnatus, indeque nihil ſolviſſe videtur, ſed reus principalis manet obligatus, contra quem proinde ſola actio ex ſtipulatu ſupereſt, quam nomine creditoris intentare poterit.

Ceſſat confuſio II) quando ille, qui naturaliter eſt obligatus, ſuccedit civiliter obligato, *l.* 21. §. 2. *ff. de Fidejuſſ. ſupr.* §. 6.

III.) Quando duæ obligationes æque principales, vel æque acceſſoriæ in unam perſonam concurrunt, tunc enim dicitur in *l.* 93. §. 2. *de Solut.* alterum alteri potius adjici ad actionem, quam confuſionem parere. *Vid. ſupr.* §. 5.

Porro & IV.) ceſſat confuſio in modis ſuccedendi ſingularibus, uti id cum ſua ratione demonſtravi *ſupr.* §. 5.

V.) In illa parte hæreditatis, quam quis ipſe non adit, ſed ubi v. g. cohæredem habet, *ſupr.* §. 5.

VI.) Quoties non agitur de obligatione inter defunctum & hæredem, (hæc enim tota per confuſionem eſt extincta), ſed quoties vel tertius agit, vel contra tertium agitur, nam tunc ſemper ſalva manet obligatio, jam enim

 ceſſat

cessat impedimentum, quod non possit a se ipso petere, atque exigere, de quo late egi in *toto* §. 17.

VII.) Per beneficium separationis, quando v. g. hæres, qui simul est defuncti creditor, metuens, ne creditores defuncti cum ipso in hæreditate concurrant, petit, ut separentur bona sua a bonis defuncti, quæ non videntur solvendo esse, *L.* 6. *pr. de Separ.* tunc enim diversa manent bona hæredis, & bona defuncti, adeo, ut hæres quoque id, quod sibi debetur a defuncto, exigere possit, *supr.* §. 17. *n.* 13. & ita quotidie servari, docet *Phanuc. de Invent. pag.* 5. *n.* 3. *Surd. Dec.* 322. *n.* 5. *seq.* & *Dec.* 224. *n.* 3. *ibique Dd. Lauterb. de Separ.* §. 7. *c.* 3. Nisi tamen ita confusa sint bona, ut plane distingui non possint, *Don. Enucl. Lib.* 23. *c.* 16. *Lit. E.*

Cessat confusio VIII.) per beneficium abstinendi: nam etsi ille, qui suus & proximus in potestate est, defuncto ipso jure, & necessarius sit hæres, adeoque ipso jure confundi obligatio videatur, tamen hæc necessitas beneficio Prætoris remissa est, quando ergo abstinet, nulla quoque confusio obligationum fiet, *Laut. d. Disp.* §. 24.

Cessat confusio IX.) si hæreditas ei delata est, qui non potest adire, vel quia delatio vitiosa est, vel quia in ipso adeunte vitium est; nam tunc revera non est aditio: quia paria sunt, aditionem non esse, & jure non esse, proinde nulla quoque exinde orietur confusio, utpote, quæ per solam aditionem contingit. *Vid. supr.* §. 7. & §. 11. *Laut. d. Disp. th.* 35.

Idem est X.) si ab initio valida quidem est aditio, sed postea læsus contra aditionem petit restitui in integrum: cum enim restitutio omnia in pristinum statum, qui ante aditionem fuit, reducat, *L. un. C. de Reput. quae fiunt. l.* 29. *Ex quib. caus. maj. l.* 39. §. 1. *de Min* necessario etiam dicendum, confusionem per aditionem factam rescindi, & pro non facta habendam esse.

Finitur quoque XI.) confusio, si haereditas, quæ semel adita est, aufertur hæredi per querelam inofficiosi testamenti, cum enim per dictam querelam omnia capita testamenti rescinduntur, *l.* 8. §. 16. *l.* 13. *l.* 18 *ff. de Inoff. testam.* inprimis vero hæredis institutio, *vid. l.* 15. §. *f. l.* 16. *pr. l.* 19. *l.* 24. *eod.* ejusque aditio, *arg. l.* 8. §. 10. *ff.* & *l.* 30. §. *f. C. de Inoff. testam.* sponte iterum sequitur, rescindi quoque confusionem, utpote, quæ demum per aditionem contingit, idque in terminis ita deciditur in *l.* 22. *C. de Inoff. test. Vid. Laut. d. Disp. th.* 23. *Richter. ad tit. de Pact.*

XII.) Idem quoque & multo magis eveniet, quando hæres plane non adit hæreditatem, sed eam repudiat: nam confusio demum est inter hæredem & defunctum, qui vero repudiat, hæres non est. *Vid. Hering. de Fidej. c.* 20. §. 16. *n.* 18.

Celebris quoque XIII.) est modus impediendi confusionem per confectionem inventarii; nam ideo præcipue introductum est inventarii; beneficium, ut 1) hæres non teneatur ultra vires hæreditatis, *l. f.* §. 4. *C. de Benef. invent.* 2) ne confundantur actiones inter hæredem & defunctum, *d. l. f.* §. 9. quod vero ad illum casum merito restringendum censemus, quando HÆRES actionem habet CONTRA DEFUNCTUM, 1) *per d. l. f.* §. 9. ibi: *Si vero & ipse aliquas contra defunctum habet actiones, non hae confunduntur*: cui accedit quoque 2) ratio introducti beneficii inventarii, quæ est, ne hæres teneatur ultra vires hæreditatis, teneretur autem, si actio, quam contra defunctum habet, confunderetur; tunc enim hoc ipsum creditum ultra vires haereditatis relinquere creditoribus deberet. Hinc etiam Dd. communiter hunc solum casum proponunt, dum per confectionem inventarii impediri confusionem ajunt, *Sard. Dec.* 310. *& Dec.* 92. *Hering. de Fidej. c.* 20. §. 16. *n.* 25. *Zang. de Except. P.* 3. *c.* 7. *n.* 28. *Vid. late sup. tit. de Jur. delib. qu.* 4.

Idem effectus inventarii moribus Juris Saxon. XIV.) etiam ad juratam specificationem extenditur, ita, ut creditor & hæres, etsi non inventarium solenniter confecerint, tamen exhibendo juratam specificationem, impediant confusionem, per ea, quæ tradit *Carpz. P.* 3. *Constit.* 33. *Def.* 18. *& seqq. Richt. P.* 1. *dec.* 60. *n.* 8. & in terminis *idem ad tit. de Pact. L.* 7. *n.* 33. quod vero extra Saxoniam non obtinet, utpote, cum in praxi Germaniæ specificatio jurata nullo modo beneficia inventarii habeat, *Mev. P.* 2. *Dec.* 90. *& Sand. Lib.* 4. *tit.* 12. *Def.* 2.

Cessat confusio XV.) quando aliquis hæres ex re singulari scriptus est, aliumque hæredem habet; tunc enim ille in re certa scriptus est merus legatarius, *l.* 13. *C. de Haered. instit.* cum ergo non habeatur pro hærede, neque etiam confusio actionum exinde sequi poterit, *Lauterb. d. Disp.* 16.

Sed & XVI.) quæritur, an, si quis coactus adiit hæreditatem, eamque postea alii restituit, fiat confusio? Negat id *Laut. d. Disp. th.* 13. Nos affirmamus, 1) per textum expressum *in l.* 59. *pr. SCt. Trebell.* ubi obligatio per aditionem hæredis coactam confusa dicitur. (2) Quia ratio quoque eadem est: nam hæres coactus repræsentat personam defuncti, & stricto jure cum ipso fit una persona, *arg. L.* 11. *pr. de SCt. Trebell. ibi-*

que

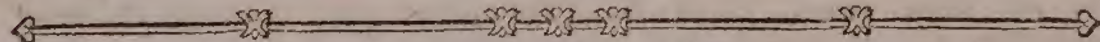
que Godofr. unde non poteſt a ſe ipſo exigere: ſed quia reſtituitur hæreditas tertio, adeoque ſalva manet actio contra tertium, hinc debitum ſuum cum effectu quoque conſequetur per ea, quæ ſupra tradidi, ita, ut hactenus nulla differentia ſit, ſive coactus adeat hæres, ſive ſponte, *Huber. Prælect. J. Rom. Lib.* 46. *tit.* 2. §. 9. niſi, quod priori caſu ſolum debitum deducere, vel exigere poſſit, *arg.* §. 7. *in f. de Fideic. haered.* hoc caſu præterea quartam Trebellianicam. *ibid.*

Porro & XVII.) ceſſat confuſio, quando ille, cui debet reſtitui hæreditas per fideicommiſſum, cavet hæredi creditori, qui aliter non vult adire hæreditatem de indemnitate præſtanda, vel ſolvenda pecunia debita, per *text. in l.* 59. *pr. ad SCt. Trebell. In re autem integra putarem non compellendum adire, niſi prius de indemnitate ei eſſet cautum, vel ſoluta ei eſſet pecunia. Add. L,* 11. *pr. eod.*

Denique & XVIII.) tum quoque ceſſat confuſio, quando defunctus vel expreſſe eam prohibet, *ut in l.* 76. §. 2. *de Leg.* 2. vel implicite, v. g. ſi jubeat, creditum imputari in Falcidiam, *Hillig. ad Don. Lib.* 8. *c.* 25. nam hæres factum defuncti præſtare tenetur, per vulg.

Qu. VI. *An praeſcriptione ipſo jure tollatur obligatio?*

AFFIRMATUR: ſi bona fides adſit, etſi titulus non probetur, *l.* 8. §. 1. *C. de Praeſcr.* 30. *ann.* Nam per talem præſcriptionem non ſola actio exceptione eliditur, ſed res ipſa ejusque dominium acquiritur, quo ipſo alterius dominium expirat, quia duo in ſolidum ejusdem rei domini eſſe non poſſunt. *Laut. pag.* 646 *verb. præſcriptione &c.*



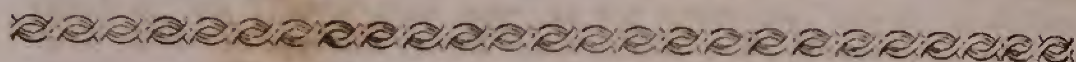
LIB. XLVI. TIT. V.

DE PRÆTORIIS STIPULATIONIBUS.

Qu. *An cautionales ſtipulationes novent negotium, cui accedunt?*

Equidem improprie novari negotia dicuntur; ſed ipſe Autor explicat, quo ſenſu novatio hic interveniat; Hæ enim ſtipulationes ſunt cautiones, quæ accedunt cauſæ, & quaſi nova remedia, quæ veteri actioni junguntur. Is ergo, cui ita cavetur, jam agere poteſt, etſi alias actio non ſit. *d. l.* 1. §. 2. *Laut. pag.* 647. *verb. novant &c.*

§. 2. *h.* Ita de legatis servandis cavetur, etsi legatarius agere nondum possit. *L.* 21. *de Acceptil.*



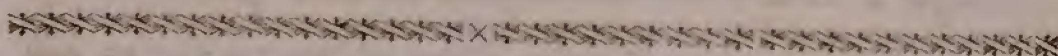
LIB. XLVI. TIT. VI.

REM PUPILLI VEL ADOLESCENTIS SALVAM FORE.

Qv. *An haec stipulatio hodie fiat datis fidejussoribus?*

Laut. pag. 647. verb. *obstat.*

NEGATUR: Quin ne quidem pignora dari solent, sed juramento saltem cavetur: nam satis difficile est, invenire tutores absque satisdatione. Vid. *Græner. ad pr. I. de Satisd. tut. Du. Par. Hyp. Inst. tit. de Attil. tut.* §. 6. & *tit. Qui satisd. cog.* §. 2.



LIB. XLVI. TIT. VII.

JUDICATUM SOLVI.

Qv I. *An is, qui cavet de judicio sisti, etiam caveat, judicatum solvi?*

NEGAT hoc *Brunn. ad L.* 2. *ff. Qui satisd.* n. 9. *ibique Carpz. L.* 2. *Resp.* 83. Sed contrarium verius: nam si non sistit, tenetur præstare omne id, quod interest, *L.* 17. *de in jus voc. ibique Brunn. L. f. Si quis in jus voc. ibique Brunn. & ad L.* 2. *Qui satisd. n.* 7. adeoque id, quod judicatum erit: id enim interest, idque ipse *Brunn. ad d. L.* 2. *n.* 8. & 9. fatetur, *ibique Mod Pist. p.* 3. *q.* 115.

Exc. Si saltem pro certa quantitate cautionem interposuerit, ut fieri solet, si saltem de judicio sisti cavet, *Brunn. ad L.* 1. *Qui Satisd. cog.* tunc enim ultra summam stipulatam fidejussor non tenetur.

Qv. II. *Quis ejus hodie stipulationis, judicatum solvi, sit usus?*

Laut. pag. 648. verb. *de usu hodierno.*

RESP. Hodie *reus*, procuratorem constituens, ad cavendum cogi non solet, inprimis jure Saxonico, quod tamen maximopere improbant quidam Saxoniæ Doctores.

Exc,

Exc. Si judici justa causa videatur, uti si reus bona non habeat sub illo judicio sita, vel si dissipet bona, aut de fuga suspectus sit. *Struv. Ex.* 5. *th.* 32. *Mev. p.* 1. *dec.* 77. *Carpz. P.* 1. *C.* 5. *def.* 3. At *defensor* hodieque cavet, nec ante admittitur, *l.* 46. §. 2. *L.* 53. *ff. h.* etiamsi sit locuples, *Brunn. ad L.* 5. *n.* 6. *Idem in qu. ad parat. Wes. tit. de Procur. qu.* 98.

LIB. XLVI. TIT. VIII.

RATAM REM HABERI ET DE RATIHABITIONE.

Qv. I. *An cautio haec etiam praestetur in judicio personali?*

NEGAT *Lauterbach. h. t.* Rationem ejus rei vidimus supr. *L.* 3. *tit.* 3. *qu.* 17. *Laut. pag.* 648. *verb. Non etiam.*

Qv. II. *An verus quoque procurator de rato caveat?*

NEGATUR, Vid. *supr. L.* 3. *tit.* 3. *qu.* 3.

Qv. III. *An procurator, cavens de rato, admittatur in iis, quae alias speciale mandatum requirunt?* *Laut. pag.* 648. *verb. dubitatur.*

Vid. *supr. L.* 3. *tit.* 3. *qu.* 4.

Qv. IV. *An Dominus gesta a falso procuratore post sententiam ratihabere possit?*

Vid. *supr. L.* 3. *tit.* 3. *qu.* 5.

LIB. XLVII. TIT. I.

DE PRIVATIS DELICTIS.

Qv. I. *An delictum etiam culpa vel casu committatur?*

RESP. CULPA delictum committi, ex ratione Juris Naturalis demonstravi *supr. tit. Commod. qu.* 10. Vestigia hujus rigoris naturalis supersunt in Lege Aquilia, quod latius demonstravi *supr. L.* 9. *tit.* 2. *qu.* 3. idem in incendio, *l.* 3. §. 5. *l. f. de Off. Praef. Vig. L. p. de Incend. ruin. naufr.* *Laut. ibid.* 649. *verb. dolo vel culpa &c.*

naufr. ubi de lata culpa, quæ fcil. dolo vel luxuriæ proxima eft, agitur. Sed & omnis lata culpa comparatur dolo, adeoque delictum eft, quoties delicti natura malitiam non requirit. Vid. *tit. Commod. qu.* 10. *in fin.*

CASU vero non delinquitur, §. 4. *I. de Leg. Aquil.* Cafus enim fortuitos nemo præftat, *L.* 6. *C. de Pign. act. juncta L.* 23. *de V. O. L.* 23. *in fin de Reg. Jur.* hinc homicidium cafuale non punitur, §. 3. *I. de Leg. Aqu. L.* 9. §. *f. eod.*

OBST. *L.* 11. §. *penult. de Pœn.* ibi: *Delinquitur aut propofito, aut impetu, aut* NB. CASU.

RESP. Improprie delictum dicitur: quia actus malus eft: at verum delictum non eft, quia deficit animus delinquendi, idque prolixe explicat *Dn. Par. in Collat. ad Struv. Collat.* 3. *per tot.*

Qv. II. *An hærefis fit delictum?*

Laut. pag. 649. verb. *haerefis.*

RESP. Hærefis (quam fupra definivimus, effe opinionem, a quatuor Conciliis œcumenicis recedentem), per fe crimen non eft: nam confiftit ea in opinione quadam erronea. hæc opinio nulla ratione delictum dici poteft; ceffat enim propofitum delinquendi, fine malitia & dolo autem non delinquitur; & alias in ipfa bruta quoque delicta caderent. Vid. *Dn. Par. in Difp. de Jur. circ. hæret.* §. 20. *& feq.* Unde Jus Canonicum quoque eum, qui perfuafus bona fide errat, inter hæreticos non recenfet, *C.* 29. *Caf.* 24. *qu.* 3. fed tum demum, ubi conjuncta apparet opinio cum perverfis cupiditatibus, vel contumaciter refiftendi affectu, *C.* 28. *d. C.* 24. *qu.* 3. & *in C.* 31. *d. qu.* 3. In talem igitur hæreticum nulla pœna ftatui poteft, nifi quod a cœtu Ecclefiæ excludi poffit; quanquam, fi ex imbecillitate id fiat, potius tolerari debeat, ut exemplo, vita & argumentis ad veritatem pelliceatur. *Rom.* 14. *verf.* 1. *feq. Phil.* 2. *verf.* 15. Idque in primæva Ecclefia ita obfervatum fuiffe, ex *Grot. de Ver. Rel. Chrift. L.* 3. *c.* 9. *n.* 5. docet *Dn. Par. in dict. Difp.* §. 25. Et rationibus naturæ convenire, demonftrat *Grot. de J. B. & P. L.* 2. *c.* 20. §. 48. Idque legibus quoque civilibus cautum erat, in *L.* 6. *C. de Pagan.* ibi: *Judæis, paganis, quiete degentibus, nihilque tentantibus turbulentum, legibusque contrarium, non audeant manus inferre religionis autoritate abufi.*

Aliud eft, fi hærefi conjuncta fit malitia, contumacia ac pervicacia: item fi facinora, ftudia feditionum, factionum &c. ut in *C.* 28. *C.* 30. *Cauf.* 24. *qu.* 4. *dict. Difp.* §. 20. *feq.* tales enim hæretici excluduntur a bene-

nefi-

neficiis Juris Civilis, inprimis, quæ intuitu religionis dantur, *L.* 1. *C. de Hæret.* uti sunt privilegia piarum causarum, Falcidiæ, quæ legatis ad pias causas non detrahitur, donationum, quæ, si piæ causæ fiunt, insinuatione non semper indigent: item privilegia dotium & tacitæ hypothecæ &c. *dict. Disp.* §. 27. testamenti factio &c. *ibid.* §. 28. Sed & præterea pro modo delicti aut criminis quod hæresi conjunctum est, puniri possunt.

Atque hinc (1) si contumaciter resistunt, pœna arbitraria jure statuta est, *l.* 1. §. 1. *de Summ. Trin.* & communiter relegatio, *l.* 8. §. 4. *C. eod. l.* 5. *de Manich.* (2) Si conventus fidei suæ causa agunt, extra ordinem puniuntur, *d. Disp.* §. 26. Si aliquid contrarium articulis fidei publice docent, vel edunt, aut editum vulgant, ultimo supplicio afficiuntur. *d. l.* 8. §. 2. 3. *& fin. de Summ. Trin.* Atque hinc Manichæorum, Donatistarum & Cœlicolarum hæreses reputantur pro crimine publico, & rei morte puniebantur, *l.* 2. *l.* 12. *C. de Jud. & coelic. ibique Goth. L.* 3. *C. de Judæis. l.* 4. §. 1. *&* 2. *l.* 11. *l.* 12. *C. de Manich. l.* 5. *eod.* quia juncta est species criminis læsæ Majestatis divinæ. *d. l.* 4. *d. l.* 5. Ita Judæi & pagani tolerabantur, *l.* 6. *C. de Pagan.* sed si attentabant contra christianos, igne, *l.* 1. *C. de Judæis*, si sacrificabant, aut publice docebant, morte puniebantur. *L.* 1. *C. de Pagan.*

At hæ naturæ & rationi convenientes pœnæ admodum exasperatæ sunt a Pontificibus, seculo inprimis duodecimo, postquam orta est controversia inter sacerdotium & imperium. Pœna enim ignis, vel immuratio, non tantum statuebatur in eos, qui a quatuor Conciliis œcumenicis deficerent, sed &, qui a traditionibus; nec distinguitur, an errore an dolo eo pervenerint, *C. penult. X. de Hæret. C. eod. in* 6. sepultura privabantur, *C.* 8. *X. de Hæret. C.* 2. *eod. in* 6. omnium jurium civilium declarabantur incapaces, *C.* 13. §. *Credentes. X. de Hæret.* Eorum subditi & vasalli a vinculo & jurejurando exuebantur, *C. f. eod.* & liberi a potestate exuebantur, *C.* 2. §. *f. eod. in* 6. omnia acta, ordinationes, collationes, alienationes rescindebantur, *C.* 1. *X. de Schismat.* ipso jure fiebant infames; *d. C.* 13. §. *Credentes.* sed & porro hodieque successionum sunt incapaces, bona publicantur, filii quoque, etsi orthodoxi: hæreditate patris exuuntur, uxorum dotes confiscantur, post mortem damnari & excommunicari possunt: eaque pœna ad fautores & receptatores extenditur. Quæ omnia late persequitur *Dn. Par. in d. Disp.* §. 34. 35. 36. *& seq.*

Atque hac ratione error quoque morte punitur, & crimen fingitur, ubi malitia non est. Sane hac ratione crudelissimi tyranni, & Christianorum

 per-

perſecutores abſolvuntur, piiſſimique Martyres damnantur. Habuere enim Gentes formulam Polytheiſmi, totius terrarum orbis conſenſu comprobatam, & tot ſeculorum ac tot ætatum uſu firmatam, cujus jugulum petebant pauci Chriſtiani mere ſubditi ac privati, in quos proinde pœnas graviſſimas Principes ſtatuebant. Atque ideo meritiſſimo ſuo peſſime audiunt; non vero plus cauſæ, quam tum gentibus fuit, hodie uni Eccleſiæ eſt in eos, qui ſalva totius Eccleſiæ formula fundamentali, in quibusdam ab ea diſcrepant, ſæviendi, eosque perſequendi, quæ ſunt verba *Dn. Par. in dict. Diſp.* §. 41.

Qv. III. *Quinam ſint infantiae, quinam pubertati proximi?*

Laut. pag. 651 verb. *qui autem.*

Resp. Vid. *ſupr. L.* 2. *tit.* 14. *qu.* 29.

Qv. IV. *An furioſus puniri poſſit?*

Laut. ibid. 651 verb. *furioſi.*

Negatur: (1) Quia delictum non eſt, utpote quod requirit malitiam & dolum, ſeu animum delinquendi; in furioſo autem talis animus non eſt. Ubi igitur (2) non eſt malum actionis, ibi quoque malum paſſionis infligi nequit. Sed & (3) ſenſus pœnæ in illis non eſt. Alias (4) bruta quoque & tegulæ e tecto delapſæ, ſi damnum dent, puniri poſſent. Idque (5) egregie confirmatur in *L.* 3. §. 1. *de Injur. L.* 5. §. 1. *de Leg. Aquil. L.* 12. *Ad L. Corn. de Sic. L.* 14. *de Off. Præſid.*

Obj. Quod in crimine Sodomiæ bruta quoque crementur.

Resp. Hoc non eſt in pœnam, ſed ut memoria delicti deleatur.

Qv. V. *An confeſſio probet delictum?*

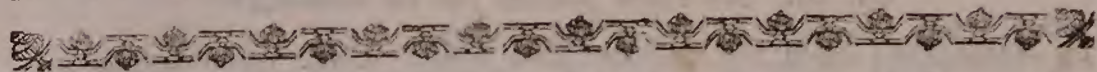
Laut. pag. 651 verb. *Confeſſionem &c.*

Affirmatur: Modo (1) de corpore delicti conſtet, *Carpz. P.* 2. *q.* 181. *Laut. h. p.* 651. quod tamen merito reſtringunt Doctores ad delicta facti permanentis, in reliquis ſola confeſſio rei, quæ accuſationi conveniunt, ſufficit ad poenam. *Clar.* §. *f. qu.* 55. *num.* 11. In adulterio non niſi utraque pars fateatur, alias extraordinaria poena obtinet. (2) Reus perſeveret in ea confeſſione usque ad mortem. *L.* 6. *de Appell.* Si enim variat, torturæ committendus eſt. Et (3) confeſſio non ſit ipſo jure nulla, uti ſi ſine indiciis per torturam expreſſa ſit, licet poſtea ratificetur. *Clar. d.* §. *f. qu.* 64. *& d. qu.* 55. *num.* 14. Secus ſi reus ſponte fateatur. Idem dicendum, ſi Judex ſit incompetens: talis enim confeſſio eſt mere extrajudicialis, & indicium facit ad torturam in foro competente. *Clar. d. qu.* 55. *num.* 13.

Qua-

Quatenus confeſſio minoris ei noceat, vidimus *ſupr. L.* 4. *tit.* 4. *qu.* 15. *& ad tit. de Confeſſis.*

Pro confeſſo habetur is, qui tranſigit. Vid. *ſupr. tit. de Transact. qu.* 12. *& infr. tit. de Injur. q.* 9.



LIB. XLVII. TIT. II.

DE FURTIS.

Qv. I. *An ſola viſio faciat furem manifeſtum?*

Negatur: Quia requiritur, ut furtum publice apparuerit, hoc ergo facto aliquo publico cognoſci publice debet, v. g. accurſu, clamore, & de tali viſione agit §. 3. *Inſt. h.* Si vero in ipſo actu deprehenditur, ſemper eſt fur manifeſtus. *d.* §. 3. *Add. l.* 7. §. 1. *de Furt.* *Laut. pag.* 651. *verb. ſola viſio.*

Obst. §. 3. *Inſt. h.* ibi: *quamdiu eam rem fur tenens viſus vel deprehenſus.*

Resp. Ibi cum furto viſus & ejus deprehendendi cauſa accurſum eſt.

Hodie vix videtur intereſſe; quia poena quadrupli plerisque locorum moribus ceſſat. *Laut p.* 655. *Dn. Far. Hyp. Inſt. tit. de obl. quæ ex del.* §. 9. In Ordinatione Criminali variat poena. Vid. *Ord. Crim. Art.* 150. *ſeq.* Vid. omnino *Dn. Berg. in Reſol. Leg. ad h. t. pag.* 705. ubi late agit de hodierna poena furti manifeſti.

Qv. II. *An furta pugnent cum Jure Naturali?*

Affirmatur: Quia Deus unicuique hominum facultatem dedit ſibi acquirendi, poſſidendi ac tenendi. Si proinde alius rem, vi hujus facultatis acquiſitam, mihi eriperet, hoc ipſo interverteret voluntatem creatoris, ac jus, mihi ex diſpoſitione divina acquiſitum, auferret. *Laut. pag.* 625 *verb. cauſa efficiens.*

Obstat, quod dominia non ſint ex Jure Naturæ, ſed ex jure Gentium, adeoque naturaliter rerum furtum fieri nequit.

Resp. (1) Falſum eſt, dominia non eſſe Juris Naturæ, per occupationem enim rei: ſi vel nullius ſit, vel voluntate domini tradita, naturaliter ejus dominium acquirimus. *l.* 1. §. 1. *ff. de Acqu. vel am. poſſ.* §. 40. *I. de Rer. div.*

Resp. (2) Hoc Juris Naturæ eſt, ne jura quæſita (licet ex Jure Civili vel Gentium, vid. *Grot. de J. B. & P. L. 2. c. 14. §. 8. Brunn. Conſ. 1. n. 272.*) nobis auferantur: quod alibi plenius demonſtrabimus.

Qv. III. *An etiam furtum fiat rei minimae?*

Laut. pag. 652. verb. Res licet &c.

Affirmatur: Nam tota definitio furti adeſt. Unde etiam Gallinæ furtum fieri dicitur in *§. 6. Inſt. de R. Dd. arg. L. 22. pr. in f. de Damn. inf.* ibi: *idem eſt, ſi minimum detur.*

Obst. *L. 9. pr. in fin. L. 10. in f. de Dol. mal.* ubi actio de dolo non datur ob rem minimam.

Resp. Actio de dolo eſt famoſa, & extraordinaria, ac tantum in ſubſidium datur, hinc non niſi in cauſis majoris momenti obtinet, ſed actiones ordinariæ non quantitatem reſpiciunt, ſed qualitatem.

Qv. IV. *An etiam furtum fiat rei incorporalis?*

Laut. pag. 652. verb. non etiam &c.

Negat. *Laut. h. p.* 652. Sed rectius affirmamus, ſi jus corpori vel rei cohæret; (1) quia etiam furtum uſus fit, ſi nimirum res aufertur, cujus utendi jus habeo: hæc autem facultas, quæ jam impeditur, nihil corporale eſt (2) Res incorporales quodammodo poſſunt dici mobiles vel immobiles *Dn. Par. Hyp. Inſtit. tit. de Reb. corp.* §. 3. Si igitur jus incorporale cohæret rei mobili, hac ablata, ejus quoque furtum factum videtur.

Obst. *L. 75. h.* ibi: *quia nullum corpus interveniſſet.*

Resp. Agitur ibi de jure, quod nulli corpori cohæret, hic ergo neque res mobilis, neque immobilis eſt, quæ contrectari poſſet.

Qv. V. *Si quis nudum conſilium dedit, an ideo furti teneatur?*

Laut. pag. 653. verb. nudum.

Resp. Si per conſilium nuda admonitio intelligitur, tunc is, qui tale *conſilium* dedit, furti non tenetur; ſed præterea *ope* factum eſſe debet. §. 6. *Inſt. Mand. Dn. Par. Hyp. Inſt. tit. de Obl. quæ ex del.* §. 10. Si vero præter illam admonitionem, viam monſtret, locum deſignet &c. tunc omnino ex hoc *conſilio* tenetur; nam hoc caſu cauſa eſt delicti, & opem quoque tulit, adeoque vere fur eſt. Idem quoque dicendum, ſi ex *conſilio* atrox delictum ſequatur, quod alias is, qui fecit, facturus non fuiſſet; *d.* §. 6. *l.* 6. §. 5. *L. 32. pr. Mand.* vel cum perſuaſione conjunctum ſit, *L. 16. in f. pr. ff. de Pœn.* uti exemplum refert *Dn. Strik. in Diſp. de Imput. fact. alien. c. 5. n. 59. & Dn. Par. in Diſp. de Soc. Crim. th. 20.*

Qv. VI.

Qv. VI. *Quibusnam detur actio furti?*

Resp. Omnibus, quorum intereſt, *§.* 13. *Inſt. de Obl. quae ex del.* & qui tempore furti vel domini fuere, vel domini voluntate tenuerunt. *L.* 80. *pr. L.* 85. *h. t.* *Laut. pag.* 654. **verb.** *Datur illi &c.*

Unde non datur (1) creditori, qui tantum in perſonam agit, & rem ablatam nunquam tenuit, uti emtori, ſtipulatori, ei, qui ex teſtamento agit. *d. L.* 85. *&c.* Nec (2) negotiorum geſtori, tutori, curatori; quia non tenent ex voluntate domini; neque officium ipſis debet eſſe lucroſum, uti non damnoſum. Sane domino, qui nulli alii committit rei ſuæ cuſtodiam ſine facto ſuo non poteſt auferri in quadruplum.

Secus ergo (1) ſi creditoris jure proprio in re intereſt, ut ſi creditori pignus & bonæ fidei poſſeſſori res auferatur; tunc enim illi ſecuritas, huic conditio uſucapiendi aufertur, ratione horum jurium igitur actio furti datur. *l.* 12. §. *ſ. de Furt.* (2) in illis, qui culpam in re præſtant, ſi eorum culpa res amiſſa, ipſique ſolvendo ſint. *§.* 15. *de Obl. quae ex del.* Nam cum periculum habeant ex commiſſione domini, ratione cuſtodiæ ſibi commiſſæ agere ex voluntate domini, videntur. Peccatur enim proprie in eum, cujus cuſtodia juſta fuit, quam tutam hæc actio præſtat, ea autem cuſtodia domini eſt, aut cui dominus commiſit. Dixi autem; *ſi res eorum culpa amiſſa eſt;* nam ſi ſine culpa periit, eorum non intereſt, ſed ſolius domini, cui periit, v. g. per colonum, coloni autem res integra eſt per actionem conducti. Idem quoque eſt, *ſi colonus non ſit ſolvendo;* nam nec tunc hujus intereſt, ſed ſolius domini. *d.* §. 15. Quando enim non habent, quod perdant, non poteſt dici, ipſorum periculo eſſe. *d. L.* 12. *pr. h.* At (3) ſpeciale eſt in commodato, ubi quidem cuſtodiam dominus commiſit, at nihilominus domini electio eſt, an furem, an commodatarium convenire velit, §. 16. *I. de Obl. quae ex del.* quia mera hic liberalitas eſt, quæ domino non debet eſſe nociva. Si furem eligit, liberatur commodatarius, ſi hunc, regreſſus huic datur contra furem. *d.* §. 16. Non autem licet domino, uno electo, variare, niſi ſurreptum neſciat, & nec dum ei ſatisfactum ſit, *d.* §. 16. *Dn. Par. Hyp. Inſt. eod. tit.* §. 8. Speciale quoque (4) eſt in depoſito: nam depoſitarius non agit ex furto, etſi culpam in re præſtet: quia præſtat culpam latam, quæ dolo comparatur. Si ergo lata ſua culpa rem amittat, hic dolus ei non debet eſſe lucrativus. *L.* 14. §. 2. 3. & 4. *de Furt.* §. 17. *I. de Obl. quae ex del.* §. *fin. Vi bon. rapt.* Niſi cum & ipſe culpam levem præſtat, uti ſi recipit &c. Vid. *Dn. Par. d.* §. 8.

Qv.

Qv. VII. *An detur legatario?*

Laut. pag. 654. verb. *non legatario &c.*

NEGATUR: Quia rem plane non tenuit, nedum voluntate domini. *L.* 85. *in f. h.*

OBST. *L.* 47. ibi: *& legatario. L.* 66. §. 1. ibi: *mihi soli competit. ff. h.*

RESP. Loquuntur de casu, ubi legatarius tempore contrectationis dominus, adeoque ubi legatum traditum fuit.

INSTO: Legatarius est ipso jure dominus.

RESP. Inspicitur hic non tam dominium, quam custodia, unde ablata est. Vid. *qu. praeced.*

Qv. VIII. *Quomodo computetur duplum, vel quadruplum in actione furti?*

Laut. pag. 655. verb. *Quod quomodo &c.*

RESP. Pretium rei duplatur, vel quadruplatur, non id, quod interest, nisi sola utilitas ablata sit. *L.* 50. *pr. L.* 80. §. 1. *h.*

OBJ. *L.* 22. §. *f. h.* ubi, lance contrectata, non tantum pretium rei venit, sed & jus, quod praeterea abest.

RESP. Ibi non tantum res contrectata, sed & lancis rasio facta est, eoque æquilibrium, in quo tota lancis ratio consistit, periit; hic igitur & pretium rei venit, & ejus, quod per rasionem abest.

Qv. IX. *An furtum, cum sola ascensione conjunctum, sit capitale?*

Laut. pag. 656. verb. *ascensio &c.*

AFFIRMATUR; propter summum periculum cædium, cum quo conjuncta est ea ascensio; cum enim noctu plerumque ejusmodi furta fiant, quid non in re trepida molietur fur audacissimus, ut præsentem quasi certamque criminis pœnam infamiamque, quin ipsam, quam præ oculis prope videt, mortem evadat. Sane vix potest res sine sanguine aut cædibus transigi. Unde hoc furtum vocatur ein gefährlicher Diebstahl, in *Ord. Crim. art.* 159. Atque hinc pœnæ severitas. Vid. *omnino Dn. Par in Disp. de Proport. furt. &c.*

Qv. X. *An furtum intervenientibus armis sit capitale?*

Laut. pag. 656. verb. *& arma.*

Egregie rem explicat *Dn. Par. Disp. de Proport. furt. &c.* §. 49. ubi ita ait: Ordinariam furti, cum armis commissi; pœnam ultimum supplicium

cium esse, patet quoque ex *O. C. art.* 162. ubi de eo, qui tertium furatus est, & cujus pœnam ultimum supplicium esse, constat, dicitur, **daß er einem Vergewaltiger gleich geachtet seyn, und NB. darum der Mann mit dem Strang gestraft werden solle.** Igitur tertium furtum, quod capitale est, & quod cum armis fit, non tantum comparantur, sed tertium quoque IDEO capitale esse dicitur, quia comparatur ei, quod cum armis fit, & quod proinde multo magis capitale erit. Idemque probatur ex *O. C. art.* 160. *in f.* ubi de eo fure dicitur: **so hätte er damit, wie obgemeldt, das Leben verwirkt.**

Nec movent verba *d. art.* 162. (**daß der Mann mit dem Strang rc. oder sonst nach Gelegenheit der Personen, und Ermäßigung des Richters, in andere Wege rc. gestraft werden solle rc.**) quibus arbitraria pœna innuitur. Nam eorum sensus est, quod in furto, cum armis commisso, pœna mortis sit ordinaria, sed ex causa inde recedi, mitiorque infligi possit &c. Quod ubique in ordinariis quoque usu venire solet.

Rationem hujus severitatis dedi in quæstione præcedenti.

Qu. XI. *Si duo furta in alio territorio commissa sint, an Judex tertii furti suspendio furem punire possit?*

Alii negant, quia Judex, ratione furtorum, alibi commissorum, est incompetens: uti ergo ratione horum furtorum, nullam pœnam statuere, ita nec eorum ratione pœnam intendere posse, contendunt. *Alii* distinguunt, an statuta pro tribus furtis, an pro tertio furto pœnam laquei definiant, & priori casu eam cessare ajunt. *Nos* hunc quoque furem laqueo puniendum esse, cum *Dn. Par. in dict. Disp* §. 47. statuimus, ubi has rationes affert: Non enim ideo Judex quicquam de prioribus furtis statuit, sed tantum de tertio, cui jam apparet, conjunctam esse delinquendi proterviam, & ideo graviori pœna opus esse. Et licet hoc appareat ex furtis alibi commissis, ea tamen qualitas non est priorum furtorum, sed præsentis, sc. tertii, quod jam apparet ex inveterata furandi consuetudine factum esse. Nec hac de causa magis de furtis alibi commissis statuere Judex intelligitur, quam, si quem puberem ideo pronunciat, quia eum alibi ante 14. annos natum, cognovit. Aliud scil. est factum, de quo Judex statuit, aliud illa facta, ex quibus informatur de præsentis causæ qualitate, quæ informatio peti quoque potest ex iis, quæ alibi facta sunt Sed id falsum est, quod Judex de furtis alibi commissis statuere non possit, cum reus ex crimine conveniri possit, ubi invenitur. *L.* 1. *C. Ubi de crim.* Atque hanc sen-

Laut. pag. 657. verb. licet in diversis &c.

tentiam noſtram probant, & communem dicunt *Caſſan. d. de text. ſimple larrecin n.* 16. *&* 17. *& ibi all.* Diſtinctio vero prædicta magis verba cavillari videtur, quam rem diſtinguere: &, ſi vera eſt, magis firmat hanc ſententiam, quia conſtitutio Carolina concepta eſt in tertium furtum, non in tria furta.

Qv. XII. *An triplex furtum ſemper laqueo puniatur?*

Laut. pag. 657. verb. *& ſi propter præcedentia &c.*

Equidem variæ hic ſunt ſententiæ. *Alii* requirunt, ut fur ob priora furta ſemel ſaltem ſit punitus. *Laut. h. pag.* 657. *Alii*, non niſi ſi bis punitus ſit, furca figendum eſſe, putant; quia tunc videtur inemendabilis. *Struv. Exerc.* 48. *th.* 21. *Alii* tum, quando plane nondum punitus eſt, hanc pœnam ſtatuunt; non vero ſi jam punitus ſit.

Nos omnibus his caſibus pœnam laquei admittimus, *O. C. art.* 162. ubi Imperator furandi frequentiam & conſuetudinem coërcere voluit. Sane poſterior ſententia rationi repugnat: plane enim (hæc ſunt verba *Dn. Par. in Diſp. de Proport. furt.* §. 41.) abſurdum eſt, ex eodem delicto gravius puniri eum, qui geminam pœnam inde jam ſuſtinuit, altero, qui nullam: & in modo poenæ ſtatuendo rationem haberi eorum delictorum, quibus ſatisfactum jam eſt; non vero eorum, quibus ſatisfactum non eſt. Denique cum omnis obligatio ſolutione, ſeu præſtatione ejus, quod debetur, tollatur atque exſtinguatur, omnisque injuria reparatione plene facta deſinat, delicta jam extincta computari ad aggravandam pœnam, nondum exſtincta non computari. Neque vero quicquam alienus eſt a proportionibus pœnarum, quam poſita eadem ratione criminum, alterum triplicem pœnam, & præter duas priores ſupplicium quoque pati, alterum ne ſupplicium quidem ſolum.

Quid ſi furi priorum furtorum gratia a principe facta ſit?

Resp. Nihilominus tertii furti nomine ad furcam damnandus eſt; quia ante jam dictum eſt, furta, non pœnas numerari, utpote cum conſuetudo furandi ſola pœnas eo usque exaſperet, ſive pœna illata, ſive neglecta, ſive remiſſa ſit, ſive fur pœnitentiam egerit. *Dn. Par. d. Diſp.* §. 42. *ibique Caſſan. Covarr. & Clar.*

Obj. *L.* 23. *§.* 4. *C. de Nupt.* ubi gratia Principis omnem maculam præcedentem tollit.

Resp.

Resp. (1) Gratia Principis in delictis pœnam ſaltem tollit, non furta; hic autem non pœnæ, ſed furtorum numerus computatur. (2) Gratia illa in *d. L.* 23. non facit negotium legitimum, nec delictum tollit, ſed ſolam pœnam. *Goth. ibid.* Nec (3) pœna laquei propter reliqua duo furta infligitur, ſed propter tertium, ideo, quia revera tertium eſt. Vid. *d. Diſp.* §. 43. & 44.

Qu. XIII. *An ſufficiat ad pœnam laquei numerus trium furtorum, non habita ratione quantitatis &c.?*

Negatur; ſed requiritur, ut triplex furtum magnum ſit: nam hæc diſtinctio expreſſe adhibetur in duplici furto, ubi pœna capitis ceſſat, *O. C. art.* 161. adeoque longe magis ita temperanda erit pœna capitis. Et cum in *d. art.* 161. *in f.* agatur de furto duplici magno, eadem ſpecies continuata videtur in ſequente *art.* 162. Imprimis cum in pœnis mitior ſententia tutior ſit. Vid. *Dn. Par. Diſp. de Proport. furt.* §. 39. *ibique Struv. & Caſſan.*

Laut. pag. 657. *verb. ſive furtum ſit magunm &c.*

Qu. XIV. *An fur, rupto laqueo, delapſus, denuo ſuſpendi debeat?*

Peculiari Diſſertatione *Dn. Parens* hanc quæſtionem tractavit, eamque ita inſcripſit: *De Proportione furti ac ſuſpendii, rupto laqueo.* Negat autem, furem, fracta reſte, delapſum, illico iterum ſuſpendendum, ſed cauſam denuo cognoſcendam eſſe, idque ex ſequentibus rationibus: (1) quia duo hic conſiderandi ſunt caſus, de fuere ſcil. nondum ſuſpenſo, & de fure ſuſpenſo, ſed delapſo, de illo ſolo ſententia loquitur, nihil vero de poſteriori caſu, adeoque de novo hæc cauſa cognoſci debet, alias irrogaretur furi pœna, nulla præcedente, ratione poſterioris caſus cauſæ cognitione, nedum ſententia. Sane (2) hoc rerum ſtatu ex illa ſententia, quæ lata eſt, neutrius caſus executio fieri poteſt: non *prioris*, ſcil. furis non ſuſpenſi, quia jam executioni data eſt, non *poſterioris*, i. e. furis ſuſpenſi, & delapſi, quia de eo nihil ibi deciſum eſt. Idque (3) æquitati maxime conveniens eſt; quia delapſus totam fere pœnam ſuſtinuit, utpote quæ unice in mortis violentæ metu, in præſentia mortis, ejusque certitudine, in ſenſu infamiæ, in conſpectu publico ſubeundæ, in privatione ſepulturæ, in ademtione præmatura voluptatis hujus vitæ &c. conſiſtit; (mors enim ipſa non eſt pœna, ſed ea eſt omnium hominum conditio), iniquiſſimum ergo eſſet, ſi fur, qui totam fere pœnam ſuſtinuit, de novo eundem metum ingredi & denuo ſuſpendi deberet. Ita enim (4) revera eſſet geminum ſuſpendium, & fur

pro eodem delicto bis pœnam pateretur, quod ipsi non tantum contrariatur sententiæ, sed & (5) talioni ac proportioni, quæ inter pœnam & delictum adeo commendari solet: ita enim delapsus deterioris fieret conditionis, quam ille, qui primo suspendio suffocatur, & vitam finit, cum tamen satius sit, hujusmodi pœnæ extremum non attingere, quam egredi, inprimis cum de vita & sanguine hominis, agatur. Consultius itaque (6) est denuo causam cognoscere, quid & quantum pœnæ perpessum sit, & tum id, quod pœnæ deest, alia modo supplere, pœnam extraordinariam infligendo. Et cum (7) Jure Civili pœna propter carcerem, vel minimam aliam circumstantiam mitigari soleat, *L.* 25. *de Pœn. Carpz. Prax. Crim. P.* 2. *q.* 80. multo magis id fieri debet propter sensum extremum omnis pœnæ. Cui accedit (8) regula generalis, quod in delictis mitior sententia præferenda sit. *L.* 5. *pr. L. p. ff. de Pœn.*

Exc. (1) Si delictum non nisi morte expiari possit, uti in homicidio voluntario; vel (2) si fur adeo famosus, desperatæque audaciæ sit, ut omnis spes emendationis cesset; (3) si dolo id factum, de quo mox; (4) statutis aliud receptum apparet, ut in plerisque Germaniæ locis.

Obj. (1) Quod formulæ sententiæ: Daß er mit dem Strang vom Leben zum Tod gebracht werden solle, satisfactum nondum sit.

Resp. (1) Sententia illa concepta fuit in furem suspendendum, at intervenit jam alius casus, ubi fur suspensus, sed iterum delapsus est, de hoc casu sententia non loquitur, indeque quæstio, noviter emergens, alia sententia decidi debet.

Resp. (2) Imo satisfactum est, si rite æstimetur id quod fur jam passus est: ante enim dictum jam est, quod pœna non præcise in morte, sed in metu illo mortis ac infamiæ consistat.

Obj. (2) Quod de pœna gladii quoque eadem ratione dicendum esset, si ictus carnificis fefellerit, denuo reum feriri non posse.

Resp. (1) Ictus ille repetitur in continenti, & sic non est nova pœna, sed eadem continuo actu perficitur. (2) In pœna suspendii res integra est, quia refici delapsus potest, sed in pœna gladii adeo truncatus est homo, ut præstet perfici pœnam, quam alii pœnæ eum servare.

Obj. (3) Ita locum fieri posse fraudibus, gratiæ, sordibus, aliisque evadendi artibus.

Resp.

Resp. Id probandum, & si probetur, aliud juris erit.

Qu. XV. *An fur ad rogationem puellae, ei nubere volentis, liberetur a poena suspendii?*

Quidam id affirmant, & in Hispania receptum esse, constat. Equidem Princeps potest gratiam facere delictis, imprimis in nuptiarum favorem, sed hoc res meri arbitrii est.

LIB. XLVII. TIT. V.

FURTI ADVERSUS NAUTAS, CAUPONES, STABULARIOS &c.

Qu. *An hæc actio sit mera poena?*

Affirmatur; Quia est ex culpa: nam eis imputatur, quod opera malorum hominum utantur; unde nec contra heredes datur, nec est perpetua. §. 3. *l. de Obl. quae quasi ex del.* l. 3. §. 4. *Naut. Caup.* *Laut. Pag. 659. verb. quod mera &c.*

Obj. *d. l.* 3. §. 3. *&* 14. ubi si dominus convenitur ex furto, a servo facto, dicitur, teneri ex rei persecutione.

Resp. Loquitur de actione civili ex titulo *Naut. Caup. stab.* quæ quasi ex contractu est, indeque ad hæredes transit; sed actio illa furti est Prætoria, *l. un.* §. 3. *h.* & mere pœnalis *d.* §. 3. *Inst.*

Obj. Quod actio *Naut. Caup. stab.* & hæc actio *furti adversus naut. &c.* se invicem consumant, quod falsum esset si hæc actio pœna esset, quia res & pœna invicem se non consumunt.

Resp. De jure concurrere deberent, & in ea sententia quoque fuit Pomponius *in d. L. un.* sed ex æquitate aliud receptum *in d. l.* 3. §. 15. quia iniquum esset, meram culpam tam graviter & in triplum puniri.

Hodie poena saltem privata, scil. duplum, tollitur, at simplum hodieque obtinet.



LIB. XLVII. TIT. VII.

DE VI BONORUM RAPTORUM, ET DE TURBA.

Qv. I. *An detur rapina non manifesta?*

Laut. pag. 661. verb. *non manifesta.*

AFFIRMATUR, per *pr. Inst. h. t.* ibi: *sive comprehendatur raptor in ipso delicto sive non, & L.* 52. §. *f. de Furt.* ibi: *convenietur furti non manifesti, videlicet si nemo eum deprehenderit tollentem.*

OBST. *L.* 80. *§.* 3. *de Furt.* ibi: *cum raptor omni modo furtum faciat, manifestus fur existimandus est.*

RESP. Omnis raptor potest dici manifestus fur, non ratione deprehensionis, sed quia notoriæ violentiam committit, *l.* 2. §. 24. *h.* adeoque manifesto aliquid invito domino contrectat. Sed & (2) regulariter raptor est fur manifestus, *d. L.* 80. aliquando tamen potest esse non manifestus. *d. L.* 52.

Usus hujus differentiæ vix ullus est; nam sive rapina sit manifesta, sive non manifesta, semper in quadruplum agitur. *L.* 1. *h. d. L.* 52. §. *f.*

Qv. II. *An actio haec etiam detur propter violentam læsionem?*

Laut. pag. 661. verb. *non etiam &c.*

NEGATUR, Quia actio hæc datur contra eum, qui rapit, non ergo tantum contra eum, qui violenter lædit. *L.* 2. *pr. &* §. *seq. h. t.* Sed & datur contra eum, qui rapit animo lucrandi, *d. l.* 2. quod non fit, si saltem violentiam committit.

OBJ. *L.* 4. §. 10. ibi: *amissa dicuntur ea, quae corrupta alicui relinquuntur.*

RESP. Loquitur textus, non de rapina, & inde competente actione, sed de damno in turba dato, unde actio in duplum datur, propter id, quod violenter corruptum est. *d. L.* 4. *pr.* §. 1. *&* 9.

Qv. III. *An rapina debeat esse palam facta?*

Laut. pag. 661 verb. *palam facta.*

RESP. Id non præcise requiri, quia datur etiam rapina non manifesta. Vid. *supr. q.* 1.

OBJ.

Obj. (1) Quod alias non differret a furto violento, quod non *palam* fit, etsi aliquando *violenter*.

Resp. Imo furtum violentum definit esse furtum in specie sic dictum, & incipit esse rapina.

Obj. (2) *L.* 2. §. 24. *h.* ubi ille, qui rapit, dicitur *publicare* suum delictum, fur autem *celare*. Unde, si *clam* res contrectatur, actio furti datur, *alias* actio vi bonorum raptorum. *d. l.* 2. §. 23.

Resp. Loquitur de eo, quod plerumque fit, plerumque autem est manifestus fur, quia per accidens saltem est, quod rapiens neminem invenerit, adeoque a nemine deprehensus sit.

Qu. IV *Quomodo actio vi bonorum raptorum differat ab actione furti?*

Laut. pag. 661. verb. in hac distinguitur.

Resp. (1) Actio furti est, quando violentia non est conjuncta: nam ea accedente fit rapina. Vid. *qu. praeced.* (2) Actio furti aliquando est in duplum, hæc semper in quadruplum. *L.* 1. *h. L.* 52. §. *f. de Furt.* (3) Actio furti in duplum & quadruplum mere pœnalis est, §. *f. Inst. de Furt.* sed actio vi bonorum raptorum in quadruplum continet etiam simplum & rei persecutionem. *pr. Inst. Vi bon. rapt.* Unde (4) actio furti gravior quidem est, nam datur in quadruplum, & præterea in simplum; at tota pœna rapinæ æque gravis est, utpote cum præter actionem vi bonorum raptorum detur actio furti, quatenus in hac plus est. Quin in eo gravior erit, quia criminale quoque judicium ob rem minimam, vi raptam, locum habet. *pr. Inst. h.*

Praxi hæc, quæ de duplo, triplo &c. dicuntur, inutilia sunt, quia omnes pœnæ privatæ hodie cessant. In criminali actione hodieque interest; de rapina enim ob rem minimam agitur.

Qu. V. *An cum hac actione concurrat actio furti manifesti?*

Laut. pag. 662. verb. (1) actio furti manifesti.

Affirmatur: Quia omnis raptor fur est, *l.* 80. §. 3. *de Furt. & l.* 52. *§. f. eod.* ubi raptor potest conveniri furti non manifesti actione vi bonorum raptorum, item ex *l.* 88. *ff. de Furt.* ibi: *si furti elegerit, in duplum agere potest, & vi bonorum agere.*

At

At verum hoc tantum eſt, quatenus in altera plus eſt, de quo eſt textus *obſtans* in *L.* 1. *ff. Vi bon. rapt.* Nam duæ actiones pœnales vel rei perſecutoriæ aliter non concurrunt. Vid. *ſupr. tit. de Oblig. qu. fin.* Si proinde quis actione vi bonorum raptorum quadruplum conſecutus eſt, agit adhuc actione furti, cujus quadruplum integrum pœnale eſt, ad id, quod plus eſt in hac actione, nimirum ad ſimplum pœnæ.

Obst. (1) *L.* 80. *ff. de Furt.* ibi: *ſi quis egerit vi bonorum raptorum, etiam furti agere non poteſt.*

Resp. Loquitur eo, qui agit contra raptorem, actione vi bonorum raptorum, indeque quadruplum conſecutus eſt, hic non poteſt contra eundem agere furti non manifeſti, ad conſequendum duplum; quia duæ pœnales ſemper invicem conſumunt, ſi non plus ſit in poſteriori: idque clariſſime ita explicatur in *Lege obſtante* 1. *ff. Vi bon. rapt.* ab autore allegata.



LIB. XLVII. TIT. IX.

DE INCENDIO, RUINA ÆDIUM, NAUFRAGIO, RATE, NAVE EXPUGNATA.

Qu. *An liceat diruere aedes vicini tempore incendii?*

Diſtinguo: *Vel* ignis eo pervenit, *vel* non; *illo* caſu diruere ædes vicini poſſum jure neceſſariæ defenſionis; neque alteri ſit injuria; quia ædes æque perituræ eſſent. *l.* 3. §. 7. *h.* Non vero *hoc* caſu.

Instat JCtus, quod tamen ſtudio alteri injuria fieri, indeque ſaltem ex Lege Aquilia ego teneri videar.

Resp. Imo non eſt injuria, tum quia me defendo, tum quia æque, perituræ eſſent ædes.

Non igitur hujus rei cauſa eſt, quam Grotius *L.* 2. *c.* 5. §. 6. allegat, quaſi in graviſſima neceſſitate reviviſcat jus illud priſtinum rebus utendi, tanquam ſi communes manſiſſent: nam negamus, unquam rerum communionem fuiſſe, negamus quoque, eam, ſi fuiſſet, in caſu neceſſitatis reviviſcere.

Conf. *Brunn. parat. h. qu.* 4. & *Struv. Diſp. de Incend. caſual.*

LIB.

LIB. XLVII. TIT. X.

DE INJURIIS ET FAMOSIS LIBELLIS.

Qv. I. *An injuria recte definiatur delictum, in contumeliam alterius admissum?*

Resp. Injuria vel definitur *in genere*, vel *in specie*. In genere injuria dicitur, quicquid non jure fit. *l. 1. §. 1.* Unde omne delictum, quod ad certam delicti speciem referri non potest, injuria est, uti: si quis rem suam rapit, si invito domino fundum ejus ingrediatur, qui contra jus prohibendi domino competens agit, si quis cogitur vel prohibetur testari, *tot. tit. C. & ff. Si quis aliqu. test. proh. vel coeg.* proprium servum vendere, *L. 24. h.* projicit aliquid in locum alterius, *L. p. h. t.* Idemque, si contra jus fiat, quod in civitate habet, v. g. in loco publico &c. *Laut. pag. 663. verb. in contimeliam &c.*

Specialiter vero injuria recte definitur, quoties aliquid agitur, ut alter contemtior fiat, *L. 2. pr. de Obs. par. praest.* uti, si debitor obæratus arguitur, si debitoris absentis domus obsignatur, *L. 20. h.* fidejussor convenitur, *L. 19. h.* vel ut inidoneus rejicitur, cum sit idoneus. *L. 5. L. 6. Qui satisd. cog.* Si bona rei possidentur, *l. 15. §. 3. h.* pignus ejus venditur, *l. 15. §. 32. h.* debitor designatur, qui non est, *l. 15. §. 33. h.* arrestum, exhæredatio, in jus vocatio injusta &c. Modo animo injuriandi hæc fiant, quod intelligitur, nisi justa causa adsit, *l. 19. l. 20. l. 15. §. 31. seq. h.* vel actus sua natura sit injuriosus; tunc enim frustra de animo quæritur.

Qv. II. *An Ecclesiae Ministri, convitium in certam personam e cathedra dicentes, injuriarum teneantur?*

Affirm. Nam licitum quidem est Ministro Ecclesiæ, in genere vitia reprehendere, non vero certam personam nominare, vel ita designare, ut intelligi possit, quem velit: hoc enim Judicis officium est certam personam ut ream damnare; Pastor autem non est Judex competens, reus non auditus, causa non cognita, nec probata &c. Sane Servator privatam tantum admittit commonitionem. *Matth. XVIII. v. 16.* Idque extra omne dubium est post *R. I. de ann.* 1530. §. Wir haben. *& R. I. de ann.* 1542. §. Damit aber. *Laut. pag. 664. verb. vel convitium &c.*

Obst. Officium Pastorum esse, corrigere vitia.

Resp. Non per modum injuriæ, ſed vel ea in genere reprehendendo, vel commonendo peccatorem.

Equidem putant *Laut. pag.* 664. animum injuriandi hic evidentiſſime probari debere, ſed mihi videtur, fruſtra de animo quæri, ubi actus per ſe eſt injurioſus, uti hic, ubi fines officii notorie excedit.

Hodie igitur omnes pœnæ injuriarum in tali miniſtro locum habent. *Struv. Ex.* 48. §. 56. *Carpz. P.* 2. *qu.* 96. §. 19.

Qv. III. *An ſponſa vel uxor injuriam patiatur per ſponſum, vel maritum?*

Laut. pag. 665. verb. *non etiam &c.*

Negatur; In ejus enim poteſtate ac cuſtodia ſponſus vel maritus non eſt.

Obj. *l.* 11. §. 8. *h. t.* ibi: *vel uxor, denegandum non erit.*

Resp. Uxor ibi non mariti, ſed ſuam injuriam vindicat, cum maritus non poſſit.

Qv. IV. *An convitii veritas impediat injuriarum actionem?*

Laut. pag. 665. verb. *nec veritas &c.*

Negatur: (1) Quia propolatio delicti ab alio commiſſi legitime debet fieri, per denunciationem &c. *L. un. C. de Fam. Libell.* Non vero fit legitime, ſi extra judicium ex mero odio proferatur. (2) per text. expr. in *L.* 5. *C. de Injur.* ubi is, qui alii crimen homicidii objicit intra annum injuriarum tenetur.

Obj. (1) *L.* 18. *ff. de Injur.* ubi iniquum dicitur, condemnare eum qui nocentem infamavit.

Resp. Supponitur ibi infamatio facta legitimo modo, ſcil. coram Judice &c. Aliter reſpondit *Struv. h. t.* §. 55.

Obj. (2) Publice intereſſe, revelari crimina.

Resp. Si id non fiat zelo juſtitiæ, ſed ex odio & vindicta, nec legitimo modo, injuria eſt,

Conf. *Clar.* 5. *Sent.* 10. *Gail. Lib.* 2. *O.* 100. late Dd. apud *Struv. d. l. Berl. Concl.* 65. *n.* 50. *Myns. Cent.* 4. *O.* 4. *n.* 4. *Heig. qu.* 31. *n.* 14.

Qv.

Qv. V. *An per illatam injuriam fama injuriati laedatur?*

NEGATUR: (1) Per *l.* 5. §. 1. *de Extraord. cogn.* ubi non nisi per nostrum delictum & autoritatem publicam minuitur dignitas nostra. (2) Per text. expr. in *L.* 3. *C. h.* ibi: *vereri non debes, ne opinio tua maculata sit*, & in *L. un. in f. C. de Fam. lib.* ibi: *hujusmodi vero libellus alterius opinionem non laedat.* Quin (3) is, quis injuriam infert, infamis fit. *d. L.* 3. *Laut. pag. 665. verb. per illatam &c.*

OBJ. Quod suspectus reddatur ille, cui crimina objiciuntur.

RESP. Hoc verum est, si media ad injuriam illam vindicandam omittat, id enim metu, ne probentur ab injuriante, fecisse videtur.

Hinc suadet *Berl. P.* 5. *Concl.* 65. *n.* 28. ita concipiendum esse libellum: Daß sich Beklagter unterstanden, so viel an ihm gewesen, Klägern seine Ehre zu rauben.

Qv. VI. *Quænam dentur remedia ex injuria illata?*

RESP. Actio datur (1) *Praetória*, ex omni injuria, tam reali, quam verbali. §. 7. *Inst. h.* (2) *Legis Corneliae* ex sola reali, §. 8. *h. t.* *Laut. pag. 666. verb. ad hanc vindictam.*

Utraque agitur vel *criminaliter*, ad arbitrariam pœnam fisco; vel *civiliter* ad injuriæ æstimationem, actori præstandam, §. 10. *h. l.* 37. §. 1. *h.*

(3) Ad *Palinodiam*, qua agitur ad revocandam injuriam verbalem. *O. C. P.* 2. *t.* 28. §. 4. (4) Jus retorsionis, quo injuria verbis illata in continenti verbis retunditur. *Gail. Lib.* 2. *O.* 100. *&* 101. (5) Ex famoso libello, de quo vide *quaest. fin.* Nervose hæc omnia explicantur, a Dn. Parente *in Hyp. Inst. h.* §. 4. *seq.*

Qv. VII. *An actio injuriarum aestimatoria detur haeredibus?*

Equidem actiones pœnales, si pecuniariter agitur, hæredibus dari, etiam ante litem contestatam, certum est. Etsi enim verum sit, quod poena in patrimonio actoris non sit, indeque nec ejus persecutio ad hæredes transire videatur, jus tamen poenam pecuniariam petendi est in bonis agentis. *arg. L.* 24. *de V. S.* Hoc proinde transit quoque ad hæredes, ad quos totum patrimonium descendit, §. 1. *Inst. de Perp. & temp. act. Dn. Par. Disp. de Oblig. haer. ex del. def. Sect.* 2. §. 13. *&* 14. *Laut. pag. 666 verb. non etiam.*

At exceptio eſt in actione injuriarum, qua vindictam perſequimur, *L.* 33. *pr. l.* 15. §. 4. & 46. *de Injur.* vindicta enim non eſt res patrimonii, ſeu bonorum per *l.* 2. §. 4. *de Collat. bon. L. penult. in f. de Sep. viol.* Sed ad exiſtimationem pertinet, quæ in bonis non eſt. Vid. *L.* 28. *ff. de Injur.*

Hæc ergo actio hæredibus non datur, *L.* 7. *l. f. C. de Rev. don.* niſi lite conteſtata, *d. L.* 28. *l.* 10. §. 2. *Si quis caut. L.* 139. *pr. L.* 164. *de R. J.* quia tum non amplius ex delicto, ſed quaſi ex contractu per litis conteſtationem inito, pœna deberi incipit. *Cocej. d. Diſp. S.* 3. §. 21.

Sed an actio injuriarum æſtimatoria contra hæredes injuriantis datur?

Resp. Contra hæredes ante litem conteſtatam nulla actio pœnalis, adeoque nec hæc injuriarum datur, *L.* 10. §. 2. *Si quis caut.* quia hæc quoque actio a parte rei eſt pœnalis, pœna autem morte defuncti exſpirat, *L.* 20. *de Pœn.* neque enim pœna poteſt deberi ex defuncti patrimonio, quippe quod morte deſiit ipſius eſſe, & hæres pœnam ſolveret de ſuo, qui tamen non deliquit. Vid. *Dn. Par. d. Diſp. S.* 2. §. 8. At alia ejus actionis ratio eſt poſt litem conteſtatam, tunc enim quaſi ex contractu pœna debetur; quia partes ſententiæ judicis ſe ſtaturos litem conteſtando compromiſere: cujus effectus inter alios inſignis hic eſt, quod actiones alioquin temporales reddantur perpetuæ, & in hæredes transmittantur. *L.* 26. *L.* 33. *L.* 38. *ff. de O. & A.* Idque in terminis ita traditur in *L.* 20. *ff. de Accuſ. L.* 139. *pr. L.* 164. *de R. J. L. un. C. Ex del. def. in quant. hær. conv. L.* 52. *ff. de O. & A. Diſp. Dn. Par. de Obl. hær. ex del. def. S.* 3. §. 21. *Borchold. ad* §. 1. *Inſt. de Perp. & temp. act. Carpz. L.* 3. *Reſp.* 38. *n.* 24. *ſeq. & Reſp.* 39. *n.* 12.

Atque ita bis judicatum refert *Carpz. d. Reſp.* 38. *n.* 28. & *Reſp.* 39. *n.* 14. ubi notanter addit, haberi litem pro conteſtata, ſi per defunctum non ſtetit, quo minus litem inchoare poſſit. *Carpz. d. l. n.* 21. *ibique præjud.* Aliud præjudicium affert *Richt. dec.* 55. *n.* 22. *part.* 1.

Qu. VIII. *An actio injuriarum aeſtimatoria morte alterius exſtinguatur?*

Laut. pag. 667. *verb. exſtinguitur haec actio.*

Affirmatur: Niſi lis conteſtata ſit. Vid. *qu. præced.*

Qu. IX.

Qv. IX. *An transigens de injuria habeatur pro confesso & condemnato?*

AFFIRM. (1) Quia in criminibus capitalibus tantum transactio permittitur, *L. 18. C. de Transact. L. 1. ff. de Bon. eor. qui ant. sent. mort. sib. consc. L. fin. ff. de Prævar.* utpote ubi jura ignoscunt ei, qui metu tanti supplicii ex imbecillitate humana transigit, & sanguinem quocunque modo redimere cubit, *d. L. 1.* tota autem hæc ratio cessat in delictis privatis. Unde (2) de illis saltem dispositum legimus, quod transigens non habeatur pro confesso & convicto, *L. 7. ff. de Prævar.* cum in omnibus reliquis causis, excepto sanguine, transigentem pro victo haberi, expresse dicatur in *d. L. 7.* Atque ita in terminis rem decidit *Mynf. Cent. 6. O. 22.* Unde (3) etiam fit infamis, *L. 7. de Publ. jud. l. 6. §. 1. de His, qui not. inf.* Vid. *supr. tit. de Transact. qu. 12.* Atque ita in Curia Halberstadiensi pro confesso & convicto declaratus est stuprator, qui cum rea transegit, postea vero restitutionem in integrum petiit, in causa Buchtemann, contra Philips, d. 8. Oct. 1709. & Mens. Maj. 1710. *Laut. pag. 667. verb. sed hic transigens.*

Qv. X. *An usu Sacrae Cœnae remittatur aestimatoria injuriarum actio?*

NEGATUR: Nam (1) tantum rancor & odium animi remittitur; non vero (2) juri meo renuncio; inprimis cum (3) publice intersit, in jurias vindicari. Neque (4) hic modus remittendi injuriam Legibus statutus apparet: idque ita tradunt *Laut. p. 667. Dn. Par. Hyp. Inst. tit. de In-jur. Struv. h. §. 64.* *Laut pag. 667 verb. non etiam generalis &c.*

Eadem ratio est, wenn beyde mit einander trinken, oder öfters mit einander sprechen 2c. *Struv. d. l. Berl. P. 5. Concl. 70. n. 18.*

Qv. XI. *An actio injuriarum aestimatoria finiatur anno utili? Et ex quo tempore currat?*

RESP. Finitur anno continuo: nam (1) actiones prætoriæ ideo annuæ esse dicuntur, quia Prætoris imperium annuum fuit, *pr. Inst. de Perp. & temp. act.* uti igitur hic annus Imperii continuus erat, ita etiam actiones. (2) Per *L. 5. C. h.* ibi: *& ex eo die annus excessit.* Adeoque tempus ibi continuo computatur de die in diem. (3) In dubio tempus intelligitur continuum, *L. 1. C. de Fer. L. 3. C. de Dilat.* quia præsumitur id, quod naturale est. Sed & (4) dilationum materia est amputanda, *L. 2. pr. C. de Temp. appell.* Idque (5) ita statuunt *Struv. h. §. 65. Carpz. P. 2. qu. 97.* *Laut. pag. 668. verb. anno scil. utili.*

qu. 97. *n.* 57. *Wefenb. h. n.* 11. *H. Hartm. L.* 49. *O.* 9. *Clar.* 5. *Sent.* §. *injuria. Bellovif. L.* 1. *c.* 3. *n.* 11. *Dd. apud Berl. P.* 5. *concl.* 69. *n.* 17.

Obj. (1) Quod in omni annali præfcriptione annus intelligitur utilis *l.* 2. §. 13. *Vi bon. rapt. l.* 14. *§.* 2. *Quod met. cauf.* §. 11. *Inft. de Perp. & temp. act.*

Resp. Imo in quibusdam faltem cafibus annus utilis factus eft in favorem caufæ. *arg. L.* 42. *de R. J.*

Hactenus tamen poteft dici utilis, ut non currat, nifi a tempore fcientiæ, feu quo fcit, injuriam effe illatam; (1) quia ignoranti regulariter non currit annalis præfcriptio, *L.* 2. *C. Qui adm. ad bon. poffeff.* ibi: *habuifti fpatium* 100. *dierum utilium, ex quo eum defunctum fcifti*, *L.* 2. *pr. ff. Quis ordo in poffef. & L* 10. *de Bon. poff. L.* 4. *C. de Liberal. cauf.* ubi nec tempus interponendæ appellationis currit ignoranti. Conf. *l.* 1. §. 7. *Quand. app.* Ita nec fex menfes actionis redhibitoriæ ignoranti currunt. *L.* 55. *de Ædil. Ed.* Nam (2) præfcriptio eft pœna negligentiæ, *L.* 1. *ff. de Ufuc. §. f. C. de Ann. exc.* quæ fane ei in inferri nequit, qui nefcit, & propter breve nimis fpatium inquirere nequit. Accedit (3) quod in actionibus, quæ funt inftar injuriarum, & anno quoque finiuntur, annus non currat, nifi a die fcientiæ, ut in actione de calumniatoribus, *l.* 6. *f. ff. de Calumn.* ita actio, quod vi aut clam ob juftam ignorantiam, etiam poft annum inftitui poteft. *L.* 15. §. 4. *&* 6. *Quod vi.* Eaque fententia (4) communis eft, *Berl. d. c.* 69. *q.* 19. *Struv. h. th.* 65. *Mynf. cent.* 5. *O.* 5. *Carpz. P.* 2. *qu.* 97. *n.* 20. ubi ait per *Conft. Elect. P.* 4. *C.* 46. rem ita decifam effe, *Fach. L.* 9. *c.* 8. *Gail.* 2. *O.* 105.

Obj. (2) *L. f. C. de Dol. mal.* ubi actio doli intra biennium finitur, a momento doli commiffi.

Resp. Quia poft biennium fupereft actio in factum contra decipientem, *l.* 28. *l.* 29. *de Dol. mal.* ubi ratio ceffat in injuriis; ibi enim exftincta femel actione, nulla alia fupereft.

Obj. (3) *L. f., in f. C. de Præfcr. long. temp. l.* 19. §. 1. *ff. Quemad. ferv. am. l.* 3. §. *f. in f. C. de Præfcr.* 30. *ann.*

Resp. Loquuntur de longo & longiffimo tempore; hoc currit etiam ignoranti.

Qv. XII.

QV. XII. *An in actione injuriarum, si criminaliter agitur, procurator admittatur?*

Bene distinguit *Berl. Part.* 5. *c.* 65. *n.* 29. *seq.* an civiliter agatur, an criminaliter, *illo* casu procuratorem intervenire posse, *l.* 11. §. 2. *l.* 17. §. 19. *ff. de Injur. l.* 24. §. 1. *ff. de Procur.* non *hoc*, *L. f. C. de Injur.* Nam procurator subscribebat in pœnam, quod nemo facere poterat, cum nemo sit membrorum suorum dominus. *L. f. C. de Accus. junct. L. f. C. de Furt. L. f. C. h.* *Laut. pag. 668. verb. non etiam procuratori.*

Exc. (1) Si sit persona illustris, *L. f.* *C. h.* §. 8. *Inst. h. Pingiz. qu.* 16. *n.* 15. *Berl. d. c.* 65. *n.* 32. (2) Si sit universitas; tum Syndicus admittitur. *Mynf. cent.* 4. *O.* 76. *n.* 3. *seq. & late apud Berl. d. c.* 65. *n.* 34. (3) Si sint personæ conjunctæ, harum enim interest. *Pingiz. d. qu.* 16. *n.* 30. *Berl. d. l. n.* 35.

Hodie putant, procuratorem in criminalibus semper admitti, quia ratio subscriptionis cessat. *Carpz. P.* 2. *qu.* 95. *n.* 5. & 51. *Brunn. ad d. L f.* *C. h. Meier. C. J. A. h. th.* 33. *Treutl. P.* 2. *D.* 30. *th.* 6. *ibique Bach.* Alii dissentiunt, *Rauchb. P.* 1. *qu.* 7. *n.* 35. & 37. *Berl. d. l. n.* 39. & 40. ubi, in Thuringia id ita obtinere, ait. Plenius totam hanc quæstionem explicavi *supr. L.* 3. *t.* 3. *q.* 9.

QV. XIII. *An de Injuria agi possit, & ubi scripta, & ubi insinuata est?*

RESP. Distingui solet inter actiones ex delicto civiles, & quæ criminalem persecutionem habent: HAS utrobique, tam ubi delictum consummatum, quam ubi inchoatum est: *L.* 1. *C. Ubi de crim. Laut. tit. de Jud. pag.* 103. *Brunn. ad L.* 1. *h.* ILLAS tantum in loco delicti consummati, *arg. d. L.* 1. *Laut. d. l.* intentari posse, ajunt. Atque ex hoc fundamento etiam injuriam scriptam tantum in loco, ubi insinuata est, vindicari posse, defendit *Berl. P.* 2. *dec.* 181. & *Laut. d. L. Carpz. L.* 2. *Resp.* 26. *n.* 17. & *Pract. Crim. P.* 3. *qu.* 110. *n.* 16. *seq.* Non vero in loco, ubi scribens injurias evomuit, *dd. LL.* idque generali praxi receptum ait *Carpz. Proc. tit.* 3. *art.* 2. *n.* 58. & *seq. d. Resp.* 26. *n.* 2. *Laut. pag. 668. verb. irrogetur officio Judicis &c.*

At, his non obstantibus, contraria sententia, & quod locus scripturæ æque sit locus delicti, rationi Juris convenientior est: nam (1) per hanc ipsam scripturam fama alterius læditur, adeoque ibi jam scribens delinquit; eodem modo, ut ille, qui cædem mandat, ex hoc mandato obligatur, licet

cet alibi ejus executio ſacta ſit. Sed & (2) fieri poteſt, ut hæc injuria nunquam inſinueter abſenti, forte, quod nuncius non deferat, nemo tamen negabit, injuriam vere commiſſam eſſe. (3) Aliud enim eſt injuria, aliud injuriæ nunciatio, uti furtum eſt, etſi domino non ſit nunciatum: neque nunciatione peccatur, ſed ſcriptura. Atque ita (4) ſi quis ore injuriam abſenti dicat, forte Cajum furem eſſe, erit injuria etiam, antequam nuncietur Cajo. Denique (5) cum injuria cœpta ſit, verum utique eſt, criminaliter inde agi in eo loco poſſe. *L.* 1. *C. Ubi de Crim.* Eamque ſententiam (6) defendunt *Zang. de Exc. P.* 2. *c.* 1. *n.* 231. *Auth. Matth. de Crim. L.* 48. *tit.* 13. *c.* 5. *n.* 8. *Brunn. Proc. inqu. c.* 3. *n.* 14. *Bardil. Ex.* 33. *th.* 8. & 9. Atque ita (7) in contradictorio deciſum, in Curia Halberſtadienſi in cauſa der Wittwen von Aßeburg, contra Paul Henckein, d. 12. Sept. 1669. & d. 28. Jan. 1686.

Obj. (1) Quod non videatur conſummatum delictum, niſi declaretur per nuncium.

Resp. (1) Imo eſt conſummatum, ſed non nunciatum.

Resp. (2) Etſi non conſummatum, eſt tamen inchoatum, adeoque tanquam de cœpto delicto, quod æque delictum eſt, agi poteſt.

Obj. (2) Argumentum a contractu, qui perfectus non eſt, niſi in loco, ubi literæ recipiuntur. *Laut. pag.* 102.

Resp. Imo in hoc ipſo non conveniunt contractus & delicta, nam ante conſummationem contractus non eſt, nec utriusque conſenſus, ſed meri tractatus: At ante conſummationem delictum jam eſt, nec ibi utriusque conſenſus requiritur.

Obj. (3) Quod in *L.* 1. *C. Ubi de crim.* tantum de criminibus, quæ legibus aut extra ordinem coërcentur, afferatur, perfici debere, ubi commiſſa vel inchoata ſunt, vel ubi rei reperiuntur. Secus ergo videtur in delictis privatis, quale eſt injuria. *Laut. d. l.*

Resp. Publica & extraordinaria crimina a privatis hic non diſtinguuntur in eo, quod illa tantum vindicari poſſint, ubi inchoata ſunt; nam hoc æque verum eſt in privatis delictis, cum nulla ratio differentiæ appareat, & unaquæque pars delicti verum ſit delictum, ſive publicum ſit, ſive privatum: ſed in eo publica a privatis differunt, quod ratione illorum reus conveniri poſſit, ubi invenitur, *d. L.* 1. Secus ac in privatis; nam ratione illorum publice intereſt, ne delicta, quæ turbant tranquillitatem publicam,

ma-

maneant impunita, quæ ratio in privatis ceſſat. *Laut. tit. de Jud. pag.* 103. *ibique Carpz. P.* 3. *qu.* 110. *n.* 72. *& de Proc. tit.* 3. *art.* 2. *n.* 38. *ſeq.*

Qu. XIV. *An Actio injuriarum, criminaliter intentata, ad pœnam pecuniariam, fiſco tribuendam, mortuo reo, detur haeredibus actoris, vel contra rei haeredes?*

Dixi in *quaeſtione ſeptima*, hæredes agere & teneri, lite conteſtata, ad pœnam pecuniariam, ſi *civiliter* agatur; at ſi *criminaliter* ex injuria quis egerit, ad pœnam pecuniariam fiſco applicandam, valde diſceptatur, num ea quoque actio hæredibus, & contra hæredes, detur.

Laut. pag. 668. *verb. interdum pecuniariam &c.*

Quod ACTORIS hæredem attinet, certum eſt, eum litem & accuſationem proſequi non teneri, *L. f. ff. Ad L. Jul. Maj. L.* 6. *ff. de Publ. jud. L.* 10. *ff. ad SCt. Turpill.* uti in terminis ita decidit *Brunn Cent.* 3. *dec.* 32. At, ſi vel ejus intereſt, forte ratione expenſarum, quas a reo repetere vult, eatenus continuare proceſſum, vel, ſi crimen ſit publicum, ex integro reum accuſare poteſt. *L.* 4. *Ad SCt. Turpill l.* 3. *l.* 11. §. 2. *ff. de Accuſ. L.* 4. *C. Si reus vel accuſ.* Conf. *L.* 1. *L.* 3. *C. de Abol. L.* 1. *C. de Gener. abol.* Alia vero quæſtio eſt an reus expenſas ab actoris hæredibus repetere poſſit? Negat hoc *Brunn. d. Dec.* 32. ſed ego omnino putarem, teneri hæredes vel continuare proceſſum, vel expenſas reſtituere.

Quid ſi enim reus, ſe calumnioſe accuſatum eſſe, probare vellet, vel convinci criminis non poſſit, ſane hoc caſu impenſæ, facto & injuria accuſatoris ipſi cauſatæ, ab hujus hæredibus reſtituendæ erunt; hæc enim obligatio inhæret jam defuncti bonis, & ſic tranſit ad hæredes.

De REI Hæredibus idem dicendum. Nam crimen & pœna rei morte finiuntur, *L.* 1. *L.* 2. *C. Si reus vel accuſ. L.* 3. *L.* 6. *de Publ. jud. L. f. ff. Ad L. Jul. Maj. L.* 111. *de R. J.* adeo; ut accuſator tuto deſiſtat, *L.* 3. *C. Si reus vel accuſ. l.* 15. §. 3. *ff. Ad SCt. Turpill. l.* 3. §. *f. ff. de Accuſ.* Indeque lite exſtincta accuſator fruſtra conveniret hæredem, *dd. LL.* Neque hic aliquid operatur litis conteſtatio, etſi id putent Dd. apud *Carpzov. L.* 3. *Reſp.* 39. *n.* 4. & apud *Dn. Par. in Diſp. de Oblig. haer. ex def. delict.* §. 32. Non enim poteſt ea in criminibus pro quaſi contractu haberi, cum nec poſſint privati contrahere de jure publico, ſeu de crimine, cujus vindicta & poena ad rem publicam pertinet, *l.* 27. §. 4. *ff. de Pact.* hic vero agitur de pœna, fiſco applicanda. *Dn. Par. d. Diſp. th.* 25. *&* 26.

Exc. (1) Reo ante litem conteſtatam mortuo, criminis perſecutio etiam contra hæredem inſtituitur in cauſa majeſtatis, *L. f. ff. ad L. Jul. Maj.*

repeduntarum, *L.* 20. *de Accuſ. L.* 2. *Ad. L. Jul. repet.* peculatus, *L. ſ. Ad L. Jul. pecul.* de reſiduis, *d. L. ſ. Dn. Par. d. Diſp. th.* 39. *Carpz. L.* 3. *Reſp.* 38. *n.* 9. *ſeq.*

Idem eſt (2) ſi quis mortem ſibi conſcivit conſcientia ejusmodi delicti, quod publicationem bonorum infert. *L. p. C. Si reus vel accuſ.*

Sed & (3) hæres tenetur, quoties aliquid ex crimine ad eum pervenit *L.* 12. *Ad. L. Corn. de falſ. L.* 5. *pr. de Calumn.*

Exc. (4) Reo *poſt* litem conteſtatam mortuo, ejus hæres ratione expenſarum & damnorum tenetur, indeque ſi excipiat, crimen nec probatum, nec reum defunctum convictum eſſe, actori criminis probationem ſuſcipienti reſpondere tenetur, ut eo probato appareat, num reus crimen commiſerit, adeoque num hæres expenſas actori reſtituere teneatur. De impenſis *ante* litem conteſtatam factis hæres non tenetur, quia nulla actio injuriarum datur contra hæredes ante litem conteſtatam.

(5) Si etiam in criminibus certa pœna pecuniaria in ſententia expreſſa ſit: pœnes præmortuo reo, reaſſumere proceſſum, & pœnam in ſententia expreſſam ſolvere tenetur. *L.* 20. *ff. de Accuſ.*

At quid ſi ſententia appellatione ſuſpenſa ſit, & ea pendente reus moriatur? Communiter ajunt, reo pendente appellatione mortuo, finiri judicium, exſtingui crimen, ceſſare pœnam, indeque hæredem ex eo crimine amplius conveniri non poſſe, *Carpz. L.* 3. *Reſp.* 38. *n.* 20. & 23. *Myns. C.* 1. *Obſ.* 98. At duo omnino diſtinguendi ſunt caſus: VEL enim pœna corporalis in ſententia eſt expreſſa, etſi ei publicatio forte bonorum cohæreat; Vel ſaltem poena pecuniaria verbis ſententiæ continetur. *Illo* caſu vera eſt illorum Doctorum ſententia, & morte rei totum omnino expirat judicium, non *hoc* caſu. Hæc jam differentia difertis verbis traditur (1) in *L.* 1. *pr. ff. Si pend. app.* ibi: *ſi vero fiſci vel alterius, contra quem appellatum eſt, intereſt, haeres cauſas appellationis reddere neceſſe habet.* & mox: *nullius autem intereſt, veluti cum ſine ademtione bonorum relegatus eſt. Nam ſi ademtis bonis relegatus, vel in inſulam deportatus, vel in metallum datus, provocatione interpoſita deceſſerit, Alexander ita reſcripſit: Quamvis pendente appellatione morte rei crimen exſtinctum ſit: data tamen etiam de parte bonorum ejus ſententia proponitur, adverſus quam non aliter is, qui ſucceſſionis emolumentum habet, obtinere poteſt, quam ſi in reddendis cauſis appellationis iniquitatem ſententiae detexit.* (2) in *L.* 3. *C. Si pend. appell.* ibi: *Si is, qui ademtis bonis in exilium datus eſt, appellaverit, ac pendente provocatione defunctus eſt: quamvis crimen*

men in perſona ejus evanuerit, tamen cauſam bonorum agi oportet. Nam multum intereſt, utrum capitalis pœna irrogata bona reo quoque adimat, (quo caſu morte ejus exſtincto crimine, nulla quaeſtio ſupereſſe poteſt,) an vero non ex damnatione capitis, ſed ſpeciali Praeſidis ſententia bona auferantur: tunc enim, ſubducto reo, ſola capitis cauſa perimitur, bonorum remanente quaeſtione &c. (3) in *L.* 6. *C. Si reus vel accuſ.* verſ. *Sin autem relegationis pœnam ſuſtinuit, & in parte bonorum damnatus appellatione uſus eſt, etiam poſt mortem ejus nihilominus appellationis ratio examinabitur: cum deſideretur, utrum valeat, nec ne, particularis publicatio.* Accedit (4) ratio hujus diſtinctionis: nam priori caſu certum eſt, pœnam corporalem exſtingui morte rei, etſi in ſententia ea jam determinata ſit, *L.* 3. *C. Si pend. app. L.* 20. *de Pœn. d. L. ult. Ad. L. Jul. Maj. & L. ult. C. Si reus vel acc.* indeque etiam publicationem bonorum, quæ poenæ cohæret, ejusque neceſſaria acceſſio eſt, & extra eam eſſe non poteſt, extingui neceſſe eſt, *L.* 20. *de Pœn. L. ult. Ad L. Jul. Maj.* At poſteriori caſu poena pecuniaria coepit jam ex ſententia deberi, ejusque obligatio non corpori, ſed bonis inhæret, adeoque non ex crimine, ſed ex ſententia petitur: ſententia enim non minus, quam contractus alicui jus tribuit, & ſic hic quædam juris commutatio ſubeſt, unde jus fiſco acquiritur; eoque hoc jam deſiit eſſe in bonis defuncti; hæresque plus ſuo habet, §. *fin. I. de Off. Jud. arg. L.* 207. *de R. J. Dn. Par. in Diſp. de Oblig. haer. ex del. def.* §. 5. *n.* 4. *&* §. 34. Atque hoc ita in terminis traditur in *L.* 20. *ff. de Poen.* Licet vero ſuſpenſa ſit per appellationem illa ſententia, non tamen eſt ſublata, ſed poſtea confirmata retro valet. *L.* 6. §. 1. *ff. de His, qui not. infam. L.* 11. *C. de Reb. cred. Dn. Par. d. Diſp. th.* 34. Unde ſi veneficii accuſata, eoque hæreditatis indigna reputata, cum actor non obtinuiſſet, & provocavit, interim deceſſit, hæres accuſatæ ſuſcipere defenſionem defunctæ tenetur, ſi fiſcus probare velit, ſcelere hæreditatem eſſe quæſitam; quia non de poena agitur, ſed de re. *L.* 9. *de Jur. fiſc.* (Atque hoc etiam in extraordinariis delictis ita obtinere, & rationibus & præjudiciis probat *Dn. Par. ibid.* §. 30. 31. *&* 32.)

Neque Obstat (1) *L.* 6. *ff. de Publ. jud.* ubi, defuncto reo, poena indiſtincte exſtincta dicitur.

Resp. Scil. corporalis: ſecus ſi pecuniaria ſit, hæc enim expreſſe ibi actori reſervatur.

Obst. (2) *L. f.* ibi: *ſi quis, cum capitali pœna vel deportatione damnatus eſſet, appellatione interpoſita & in ſuſpenſo conſtituta, fati diem functus eſt, crimen morte finitum eſt. C. Si reus vel accuſ.*

Resp. Loquitur de poena capitali, ſecus vero, ſi in partem bonorum condemnatus ſit, uti id expreſſis verbis mox reſtringitur.

Obj. (3) Quod ſententia & poena non habeant effectum conſummatum, ſi fuerit appellatum; quia appellatio reducit litem ad ſtatum, in quo fuit ante litem conteſtatam: quin provocationis remedio extingui condemnationis pronuntiationem, expreſſe traditur in *L.* 1. §. *f. Ad SCt. Turpill.*

Resp. Verum eſt, ſententiam cum effectu non valere, at jus eventuale aliquod ei ineſt, ex quo parti vel fiſco jus quæſitum eſt, quodque efficit, ut defunctus eventualiter plus ſuo habeat; unde hæres quoque obligatur. Sed & in allegata *Leg.* 1. §. *f.* agitur de caſu, ubi, reo provocante ad Superiorem Judicem, accuſator deſerit judicium: tunc enim verum eſt, provocationis remedio pronuntiationem condemnationis penitus exſtinguit; non enim valebit ea ex die primæ ſententiæ, quia ſuſpenſa eſt, nec primam ſententiam; quia ſecunda non eſt ſecuta, ſed antequam ea ſecuta eſt, accuſator deſtitit.

Atque hinc injuriato, cui poena pecuniaria dictata erat, pendente provocatione mortuo, ejus hæredes ad poenam condemnati ſunt in cauſa der Wittwen von Aſſeburg, contra Paul Henkeln, d. 28. Jan. 1686.

Equidem in contradictorio acriter hæc res olim agitata fuit in Curia Halberſtadienſi in cauſa des Stifts Quedlinburg, & fiſci, contra Scherzling, ubi reus per ſententiam ad certam poenam 300. aureorum condemnatus fuit, ſed interpoſita leuteratione mortem obiit: ac tum quatuor conformibus ſententiis judicatum fuit, morte ejus poenam ceſſare, (1) a Griphiswaldenſibus, d. 8. Nov. 1703. (2) a Francofurtenſibus, d. 28. Maji. 1704. (3) a Regimine, d. 13. Jan. 1707. (4) a Würzburgenſibus, d. 21. Mart. 1709. Verum cum & in apertiſſimas Juris rationes & expreſſos textus, qui nec a partibus, nec a Judice obſervati fuerant, illidant hæc præjudicia, vix eſt, ut ea ſequenda eſſe putem, imprimis cum in contradictorio contrarium præjudicium exſtat. Neque enim exemplis, ſed legibus eſt judicandum.

Qv. XV. *An mortuo eo, qui injuriam intulit, actio criminalis detur contra haeredes & fidejuſſores, ad expenſas & damna?*

Resp. Licet reo criminis defuncto exſtinguatur & crimen, & poena, tamen adverſus ejus hæredes de damno & expenſis agi poteſt. Nam cum ille in cauſa fuerit actionis intentatæ, damnique inde dati, facto ejus aliquid

aliquid mihi abest, quod ipsum resarcire tenetur: adeoque hactenus ex patrimonio suo debet, & hæc obligatio cum patrimonio defertur ad hæredes. Idque ita traditur in *L.* 3. *C. Si pend. app.* ibi: *quamvis crimen in persona ejus evanuerit, tamen causam bonorum agi oportet &c. L. un.* ibi: *si vero fisci vel alterius, contra quem appellatum est, interest &c. ff. Si pend. app. l.* 78. §. 2. ibi: *nec aliud servabitur in litis sumtibus. ff. de Leg.* 2. Conf. *L.* 6. *ff. de Publ. jud. L.* 9. *ff. de Jur. fisc. Berl. P.* 5. *C.* 70. *n.* 26. 30. *& seq. Auth. Fab. C. tit. ex del. def. d.* 1. *Du. Far. Disp. de Obl. haer. ex del. def. th.* 35.

Obj. (1) Quod hæredes defuncti expensas contumaciæ solvere non teneantur, *L. un.* §. *f. ff. Si quis jus dic.* nam contumacia est delictum, quod hæredes non obligat, §. 1. *Inst. de Perp. & temp. act. Carpz. Proc. t.* 24. *art.* 1. *n.* 7. *& seq.*

Resp. (1) Non loquimur de expensis contumaciæ, quæ fisco ideo, quod defunctus jus dicenti non obtemperaverit, debentur, de quo est *d. L. un.* sed de expensis ex instituto contra reum processu ortis, quæ fisco vel actori debentur, non tanquam poena, sed quia actori absunt facto rei, cujus personam hæres sustinet & repræsentat; sed & (2) hæc ipsa poena contumaciæ in hæredes quoque transit, si ea per sententiam vel causa cognita determinata fuerit, vivente defuncto. Vid. *qu. praeced.* Atque ita in contradictorio judicatum est in Curia Halberstadiensi, in causa **der Wittwen von Aßeburg**, contra **Paul Henkeln**, d. 28. Jan. 1686.

Eadem quoque fere ratio est in fidejussore: hic enim adpromittit id, quod defunctus debet; quoties ergo hic obligatus fuit, toties quoque tenetur fidejussor. At dictum jam est, defunctum ad expensas litis & damna obligatum fuisse. *Fab. C. L.* 4. *tit.* 11. *per tot. Carpz. L.* 3. *Resp.* 38. *num.* 24.

Neque Obst. (2) *L.* 2. *ff. Jud. solvi.* ibi: *cum lite mortuo nulla res sit, ideo constat, fidejussores ex stipulatu judicatum solvi non teneri.*

Resp. At lis mortua non est, quando de expensis & damnis contra defunctum agitur. Sed & textus agit de casu, ubi lis exstinguitur, vel quia nondum erat contestata, vel quia solutum, transactum, &c. erat, uti id explicatur in *L.* 13. *in fin. pr. eod.* Conf. *l.* 10. §. 12. *Si quis caut. &c. non obt.*

Obst. (3) Quod fidejussio sit accessio debiti principalis, *l.* 1. §. 8. *de O. & A. l.* 68. §. 1. *ff. de Fidejuss.* adeoque exstincto principali debito, id est, crimine & poena, totum judicium, omnisque obligatio cessare videtur.

Resp. Imo principale debitum non totum exſtinguitur, ſed tantum quoad poenam & crimen, non vero quoad cauſam bonorum. *L.* 16. *de Publ. jud. L.* 3. *C. Si pend. app.*

Atque hinc fidejuſſor per tres conformes ſententias ad reſtitutionem damni & expenſarum, a reo defuncto cauſatarum, condemnatus fuit in Curia Halberſtadienſi, in cauſa des Stifts zu Quedlinburg, contra Hetling, d. 28. Maji, 1705. d. 13. Jan. 1705. d. 21. Mart. 1709.

Qv. XVI. *An mortuo injurante ejus fidejuſſor teneatur?*

Resp. Fidejuſſor, qui pro injuriante cautionem præſtitit de judicio ſiſti & judicatum ſolvi, toties obligatur, quoties reus principalis obligatus fuit; adeoque, quoties hic plus ſuo, auctiusque patrimonium habuit. Si ergo contra injuriantem, qui lite conteſtata moritur, civiliter agitur, fidejuſſor tenetur. *L.* 10. *Si quis caut.* Si criminaliter, tunc reus non obligatur ad poenam, niſi in caſibus in præcedenti quæſtione recenſitis adeoque nec ejus fidejuſſor. Vid. *qu. praeced.*

Atque hinc contra apertas juris rationes, & contra expreſſos textus, in omnibus illis ſententiis, præcedenti *qu.* 13. recenſitis fidejuſſor, reo ad certam poenam pecuniariam condemnato, ſed pendente leuteratione mortuo abſolutus fuit; & quidem ex erroneo illo principio, quod res judicata non fuerit.

Qv. XVII. *An juramentum ſuppletorium, ſi criminaliter agatur, ad poenam pecuniariam locum habeat?*

Injuriæ aliquis reus arguebatur, ille injuriam factam negabat, quæſitum fuit, an actor in ſupplementum jurare poſſit? Negabat hoc reus ex ea ratione, quod in cauſa criminali non liceret in ſupplementum jurare. Vid. *Laut. tit. de Jurej. pag.* 186. Verum patitur hæc regula exceptionem, ſi pecuniariter agatur. *l.* 3. *§. l.* 5. *§.* 8. *l.* 11. *§.* 1. *in f. ff. de Injur. Carpz. L.* 3. *R.* 44. *& de Proc. tit.* 11. *art.* 1. *n.* 41. *& Pr. Crim. qu.* 95. *n.* 66. *Laut. ibid.* Atque ita in Curia Halberſtadienſi judicatum in cauſa Reindorfs, contra Oppen, d. 14. Febr. 1707.

QV. XVIII. *An actio injuriarum criminalis 20. annis praescribatur?*

AFFIRMATUR: Nam in genere omnia crimina viginti annis præscribuntur, *L. 12. C. Ad L. Corn. de falſ.* nec ullibi hæc actio injuriarum criminalis excepta apparet. *Laut. pag. 668 verb. praeſcriptio XX.*

OBJ. *L. 5. C. h.* ubi dicitur, actiones injuriarum finiri anno.

RESP. Verum hoc eſt de æſtimatoria.

DISSENTIT *Berl. P. 5. c. 69. n. 6. & 7.* qui poſt annum ne quidem ex officio inquiri poſſe ait, niſi lis conteſtata ſit, vel hodie citatio emanaverit, aut per modum exceptionis opponatur. Conf. *Mynſ. cent. 5. O. 7. n. 6. H. Hartm. L. 2. O. 49. n. 9. & 10.*

QV. XIX. *An actio Legis Corneliae, ſi civiliter agitur, praeſcribatur 30. annis?*

AFFIRMATUR: Quia actio Legis Corneliæ eſt ex Jure Civili, indeque perpetua, *pr. Inſt. de Perpet. & temp. act. L. 3. L. 4. C. de Praeſ.* 30. *ann. L. 35. ff. de O. & A. l. 1. §. 1. C. de Ann. exc.* *Laut. pag. 668. verb. praeſcriptio XXX. &c.*

OBJ. (1) *L. 5. C. de Injur.* ubi in genere dicitur, anno præſcribi injuriarum actionem.

RESP. Loqui de æſtimatoria.

OBJ. (2) Quod actio hæc ad vindictam tendat, indeque tanquam odioſa reſtringenda ſit. *C. Odia de Reg. Jur. in 6.*

RESP. Eſt reſtringenda, at non contra apertam rationem juris, quæ vult, ut civiles ſint perpetuæ.

Alia, quæ obſtant, vide apud *Harpr. h. §. 12. n. 5. Schneid. ibid. H. Piſt. L. 4. qu. 20. n. 4.*

Hodie Jus Civile obtinet, *Mynſ. Cent. 1. O. 84. & Cent. 5. O. 7. Coler. Dec. 128. n. 2. Gail. L. 2. O. 104. Prukm. V. 1. conſ. 21. n. 24. Dd. apud Berl. P. 5. c. 69. n. 30.*

QV. XX. *An actio recantatoria ſit criminalis, vel civilis, & inſtar rei perſecutoriae?*

Maxima inter Doctores intercedit controverſia, an actio ad palinodiam ſit criminalis, an civilis? Illud ſtatuunt *Berl. P. 5. c. 62. n. 12. Moller. Sem. lis.* *Laut. pag. 669. verb. non criminalis.*

Sem. L. 1. *n.* 2. *p.* 4. *&c.* At criminalis esse non potest, quia criminales persecutiones demum sunt, quæ publicum interesse respiciunt, *l.* 9. §. 5. *de Publican. Carpz. Pr. Crim. qu.* 102. *n.* 29. 30. & ubi agitur ad poenam fisco applicandam. *l.* 6. *l.* 7. §. 1. *de Injur. l.* 3. §. 1. *Stellion.* Quod hic neutiquam fit, *Struv. Exc.* 48. *th.* 61. *lit.* β.

Laut. pag. 669. verb. *rei persecutoria.*

Magis ergo est actio civilis. At iterum variant Doctores: an sit *rei persecutoria*, an *poenalis?* Sane si dicendum, quod res est, proprie *rei persecutoria* dici non potest. Actiones enim rei persecutoriæ dicuntur, quibus persequimur id, quod e patrimonio nobis abest, *L.* 35. *de O. & A.* at fama nec in patrimonio est, *l.* 2. §. 4. *de Colat. L. p. in fin. de Sep. viol.* nec per alterius injuriam mihi auferri potest. *Vinn. ad* §. 10. *I. de Injur.* Non ergo patrimonium meum diminutum dici potest, neque alter plus suo habet, quia nulla ratione ejus patrimonium auctum dici potest. Sed & nec *poenalis* proprie dici potest, non a parte rei, quia poena est, quam reus ex suo delicto de suo debet, *Dn. Par. Hyp. Inst. de Act.* §. 20. *& in Disp. de Obligat. haer. ex del. def. th.* 7. *ubi rationes hujus definitionis allegat.* hic vero nihil de suo debet reus. Nec a parte actoris, quia non agit ad poenam sibi tribuendam, *arg.* §. 18. *Inst. de Act.* sed ad nudam revocationem injuriæ. Vid. *Carpz. Pr. crim. p.* 2. *qu.* 94. *n.* 59. 60. *& n.* 70.

Attamen moribus fama quasi auferri & minui creditur, nec negari potest, ex hujusmodi injuriis & imputationibus sinistram cordatorum hominum de nobis opinionem oriri posse; unde mortaliter peccare dicitur, qui famam non defendit, *C.* 56. *C.* 11. *qu.* 3. Dum ergo ad injuriæ recantationem, indeque ad famæ restitutionem agitur, magis ad rei persecutionem accedere videtur, & sic ex interpretatione morum, quæ vim Legis habet, rei persecutoriis accenseri potest. Quod vel ex formula, in ipsa *O. C. P.* 2. *tit.* 28. usitata apparet, auf einen Wiederruf klagen, quæ sane pro poena ex iis, quæ ante supposui, haberi nequit.

Atque hoc ita tradunt *Carpz. Pr. Crim. p.* 2. *qu.* 94. *n.* 51. *ubi late Dd. & n.* 58. *& p.* 4. *c.* 42. *def.* 2. *n.* 4. *Struv. Ex.* 48. *th.* 61. *ibique Müll.* Sed & Gryphiswaldenses hanc actionem recantatoriam pro rei persecutoria declararunt in causa des Stifts Quedlinburg, contra den Bürgermeister Hetling, d. 8. Nov. 1703.

Effectus hujus rei insignes hi sunt: quod (1) actio recantatoria cumulari cum æstimatoria & criminali injuriarum actione possit; vid. *Carpz. d. qu.* 94. *n.* 61. de quo plenius infra. (2) Quod jusjurandum deferri possit;

ſit; vid. *ſupr. tit. de. Jurej. qu.* 35. (3) In Camera quoque actiones recantatoriæ recipiuntur, *Carpz. d. qu.* 94. *n.* 52. quod fieri non poſſet, ſi eſſet criminalis. *O. C. tit.* 22. *part.* 2. (4) Actio ad palinodiam tanquam rei perſecutoria ſuſpenditur, usque dum criminalis actio a fiſco intentata, ad finem perducta fuerit, uti in Curia Halberſtadienſi judicatum eſt in cauſa fiſci, contra Feuerſtacken, d. 6. Sept. 1709.

Qu. XXI. *An actio recantatoria detur haeredibus injuriati?*

Dictum eſt in præcedenti quæſtione, actionem recantatoriam eſſe magis rei, quam pœnæ perſecutoriam; unde videtur ſemper in hæredes tranſire, *L.* 24. *de V. S. L.* 62. *de R. J. L.* 37. *de A. vel O. H.* vel ſaltem, quia inſtar actionis injuriarum eſt, lite conteſtata; uti etiam pluribus defendit *Carpz. P.* 2. *Pract. crim. qu.* 96. *n.* 25. *ibique late Dd.* Aſt verius eſt, hanc actionem nec ante, nec poſt litem conteſtatam in actoris hæredes tranſire: idque patet (1) ex eo, quod nec rei perſecutoriæ ad hæredes pertineant, ſi tendunt ad jus aliquod, quod perſonæ cohæret. *L.* 3. *pr. L.* 16. *pr. C. de Uſufr. L.* 3. § *f. Quib. mod. uſufr. Laut. Comp. tit. de Obl. & act. pag.* 623. Tale jus autem (2) eſt intentata recantatio; nam agit actor ad reſtitutionem famæ ſibi quaſi ablatæ, fama vero eſt perſonaliſſimum aliquid, quod extra perſonam eſſe non poteſt. Et quo jure (3) hæredes agerent? Sane non alio jure, quam ex defuncti perſona, quam repræſentant: at certum eſt, hæredes repræſentare defunctum tantum quoad patrimonium, ſub quo fama non continetur: ſuccedunt enim tantum in bona, non in ejus exiſtimationem. Neque (4) litis conteſtatio aliquid hic operari poteſt: illa enim hunc effectum non habet, ut jus, quod perſonæ cohæret, tranſeat, *Struv. Ex.* 46. *th.* 82. *ibique Müll. lit. d.* ſed potius, exſtincta perſona, totam exſtingui actionem, certum eſt. Idque (5) in terminis ita tradit, plurimisque rationibus defendit *Berl. P.* 5. *C.* 62. *num.* 25. Atque ex his rationibus hæredibus actoris, recantationem a reo vi judicati poſtulantibus, ea denegata fuit in Curia Halberſtadienſi, in cauſa des Poſtmeiſters zu Aſchersleben, contra Schmidten, d. 4. Jul. 1704. At obſervavi, in cauſa Veltheim, contra Spiegel, mortuo actore, ejus hæredibus declarationem factam fuiſſe.

Laut. pag. 669. *verb. & hæredibus &c.*

Etſi hæc omnia hactenus certa ſint, negari tamen nequit, hujusmodi injuriis non parum fugillarii famam defuncti; indeque ipſorum quoque hæredum intererit, hanc opinionem deleri, defunctique exiſtimationem purgari, per text. expr. in *l.* 1. *§.* 6. *ff. de Injur.* Quin ipſis hæredibus injuria fieri videtur, ſi fama ejus, cui hæredes exiſtunt, laceſſatur, *d. l.* 1 §. 4.

Vid. omnino *Carpz. P.* 2. *qu.* 94. *n.* 26. 27. 28. *&* 29. Ipsi ergo hæredes suo jure hanc injuriam, defuncto illatam, vindicare, & ad recantationem agere, non vero a defuncto intentatam continuare, nec eundem processum reassumere poterunt. Condemnatio vero ita fieri solet, ut & defuncto & hæredibus recantatio fiat, prout plurima præjudicia exstant apud *Carpz. d. l. n.* 27. *&* 30.

Qu. XXII. *An actio recantatoria detur contra haeredes?*

Laut. pag. 669. verb. Et haeredes &c.

Actiones rei persecutoriæ regulariter in solidum in hæredes transeunt, §. 1. *Inst. de Perp. & temp. act.* quia petitur iis aliquid, quod defunctus debuit, cujus redintegratio proinde ab hæredibus, qui in omne jus defuncti succedunt, impetrari potest. *Dn. Par. Disp. de Obl. haer. ex del. def.*

At exceptio est, si jus personæ cohæret, *Dn. Par. Hyp. Inst. dict. tit.* §. 2. tunc enim neque lite contestata, neque post sententiam, hæredes ex eo obligari vel conveniri possunt, sed ea, quæ personæ cohærent, morte ejus intereunt, *l.* 3. §. 3. *Quib. mod. usufr.* nec ad hæredes transeunt. *L. f.* §. *Lucius. ff. de Contr. emt. L.* 196. *de R. J. Richt. dec.* 55. *n.* 23.

Tale jus jam est recantatio. Nam (1) actus recantationis, & obligatio revocandi, afficit solam injuriantis personam, & ei cohæret; ille enim solus evomuit injurias, & sic famam quasi abstulit, adeoque solus quoque illas revocare potest & debet. Neque (2) illatio injuriæ afficit patrimonium & bona defuncti, neque injuriam inferens & ad revocandum condemnatus plus suo vel auctius patrimonium habet, adeoque nec hæres, qui tantum in patrimonio & bonis defuncti succedit, exinde tenetur. Nam (3) omnis obligatio hæredis ex eo est, quod repræsentet personam defuncti, in cujus patrimonium succedit; hæc autem repræsentatio cessat in causis famæ, quæ ad patrimonium non pertinet. Atque hinc (4) in Curia Halberstadiensi in causa Stifts Quedlinburg, contra Scherßling, & postea Hetling, hæc ratio, daß solcher actus recantatorius an die Person des Injurianten gebunden rc. allegata, & ideo fidejussor absolutus fuit. Atque hanc sententiam (5) defendunt *Carpz. L.* 3. *Resp.* 38. *n.* 5. ubi plurima refert præjudicia, *Mev. P.* 2. *dec.* 136. *& Carpz. Pr. cr. p.* 2 *qu.* 96. *n.* 31. *ibique Dd. Richt. P.* 1. *dec.* 55. *n.* 20. *seq.* ubi præjudicium: quanquam ratio, a Carpzovio *d. n.* 31. allegata, fallat.

Equidem plurimi Dd. actionem ad palinodiam, lite contestata, in hæredes transire, asserunt, *Laut. Comp. pag.* 669. *Richt. P.* 1. *dec.* 55. ibique

præju-

præjudicium, *Carpz. Pr. crim. p. 2. qu. 96. n. 26. Mev. P. 2. dec. 136.* ex regula illa generali, quod lite conteſtata actiones etiam pœnales in hæredes dentur, *§. 1. in f. Inſt. de Perp. & temp. act. L. 85. de O. & A. L. 139. de R. J.* propter quaſi contractum. *l. 11. §. 1. de Novat.* Verior tamen eſt contraria ſententia, quia efficere ille quaſi contractus non poteſt, ut factum, quod perſonæ cohæret, ad hæredes tranſeat, & ut actus, qui ore defuncti fieri debuiſſet, ab hærede præſtetur, qui tantum in bona, non in actus, perſonæ cohærentes, ſuccedit.

Atque ita in contradictorio haeredes, mortuo injuriante, abſoluti ſunt in cauſa der Wittwen Aßeburg, contra Henkeln, d. 28. Jan. 1686.

Et cum hæredi actoris, qui recantationem ſibi fieri voluit, id denegatum fuerit in cauſa des Poſtmeiſters zu Aſchersleben, contra Schmidten, de quo *qu. praeced.* multo magis hæredes rei ab ejus præſtatione liberabuntur, cum major debeat eſſe favor rei, quam actoris.

Qv. XXIII. *An actio recantatoria detur contra fidejuſſores, reo mortuo?*

Reus, qui injuriam alii intulit, cautionem de judicio ſiſti & judicatum ſolvi præſtitit, actor recantatoriam inſtituit, qua pendente, reus moritur, non relicto hærede; indeque actor a fidejuſſore illam revocationem ſibi fieri deſiderabat. At denegatum id fuit; (1) quia recantatio illa eſt actus, qui perſonæ injuriantis cohæret, adeoque ab ejus fidejuſſore, qui perſonam rei non repræſentat, præſtari nequit. Et cum (2) hæredes non teneantur, nedum fidejuſſor tenebitur. Neque (3) cautio judicatum ſolvi ad actus perſonæ cohærentes extendi poteſt. Atque hoc (4) ita in Curia Halberſtadienſi in contradictorio decifum eſt in cauſa des Stifts Quedlinburg, contra den Bürgermeiſter Hetling, als Fidejuſſorem des Licent. Scherßling, d. 8 Nov. 1707. Quæ ſententia a Francofurtenſibus d. 28. Maji. 1708. confirmata fuit.

Qv. XXIV. *An ad recantationem condemnatus fiat infamis?*

Affirmatur: Nam cauſa, ex qua condemnatur, ſcil. injuria, eſt famoſa. *Laut. pag. 669. verb. infamia facti &c.*

Obj. Quod ſit inſtar rei perſecutionis.

Resp. Etiam rei perſecutoriæ infamant, ſi cauſa ſit famoſa, ut in depoſito, mandato &c.

Hinc moribus reſervari ſolet fama in ſententia. Vid. *infr. qu.* 27.

Dissentit *Carpz. Prax. Crim. P.* 2. *qu.* 94. *n.* 18. *&* 95. & putat actionem hanc non infamare, niſi pœna addita ſit ſententiæ; rationem addit, quia actio recantatoria eſt noviter introducta, indeque odioſa. Sed jam antea monui, cauſam injuriæ hic ſubeſſe, quæ per ſe eſt famoſa.

Qu. XXV. *An morte injuriantis extinguatur actio recantatoria?*

Laut. pag. 669. verb. *morte injuriantis &c.*

Vid. *ſupr. qu.* 22.

Qu. XXVI. *An actio recantatoria 30. annis, an anno utili praeſcribatur?*

Laut. ibid. 669. verb. *non anno utili.*

Resp. Triginta annis; quia eſt conſuetudine introducta, indeque ex Jure Civili, *arg.* §. 10. *Inſt. de Jur. nat. gent. & civ.* omnes autem actiones Juris Civilis, quæ rem perſequuntur, ſunt perpetuæ.

Obj. Omnes actiones injuriarum anno finiri.

Resp. Imo de ſola æſtimatoria id verum eſt. Vid. *ſupr. qu.* 10.

Qu. XXVII. *Quid interſit inter recantationem & declarationem honoris?*

Plurimum intereſſe inter recantationem & nudam honoris declarationem, tradit *Carpz. Pr. Crimin. P.* 2. *qu.* 94. *n.* 18. *ſeq. Peretz. C. de Injur. n.* 21. Nam (1) in vera recantatione injurians palam, ſe mendacium dixiſſe, & in os ſuum mentitum eſſe, aſſerit, *Frantzk. Ex.* 12. *qu.* 8. *n.* 5. & manu propria os mendax percutit, *Berl. P.* 5. *Concl.* 62. *n.* 28. Declaratio honoris ſaltem fit ſub formula: daß er von Klägern nichts andere wiſſe, als alles Liebes und Gutes &c. atque ita in Curia Halberſtadienſi judicatum d. 14. Febr. 1707. in cauſa Reindorff, contra Oppen. (2) *Illa* reo abſente, a carnifice fieri debet; *hæc* tantum ab ipſo reo. (3) *Illa* infamat, ſcil. infamia facti, non juris, *Laut. pag.* 669. *hæc* plane non infamat. Unde in illa, non hac, fama reſervari debet, *Gail. L.* 1. *O.* 65. *n.* 6. *Laut. d. l. Carpz. Pr. Crim. P.* 2. *qu.* 94. *n.* 77. *&* 88. quanquam etiam hic famam reſervatam fuiſſe meminerim, in cauſa Reindorffs, contra Frau von Oppen, d. 14. Febr. 1707.

Atque

Atque hæc declaratio honoris, propter varias circumſtantias, uti ſi levis ſit injuria &c. a Judice decerni poteſt; *Berl. d. l. in f. Carpz. d. l.* Sed & propter Nobilitatem, & prætenſam retorſionem, non ad recantationem, ſed declarationem honoris, rea damnata fuit in dicta cauſa.

Qv. XXVIII. *An actio aeſtimatoria & criminalis invicem concurrant?*

NEGATUR: (1) Quia utraque eſt pœnalis, duæ pœnæ autem nunquam concurrunt ex eodem delicto. *L.* 14. *ff. de Accuſ.* (2) Per *L.* 6. *ff. h. t.* ibi: *plane ſi actum ſit publico judicio, denegandum eſt privatum: ſimiliter ex diverſo.* (3) Per *l.* 7. §. 1. *eod.* ubi itidem privatum judicium non concurrit cum publico; quia utrumque eſt pœnale. (4) Per *l.* 56. §. 1. *de Furt.* ubi ille, qui ſemel criminaliter eſt accuſatus, etſi tantum ſimplum præſtiterit, alia actione furti conveniri nequit. Eaque (5) communis eſt Dd. ſententia. Vid. *Laut. p.* 670. *ibique late Dd. Mev. P.* 6. *d.* 88. *n.* 1. *&* 2. *item P.* 9. *d.* 169. *Weſenb. Parat. d. Injur. n.* 14. *Laut. pag. 670. verb. concurrunt aeſtimatoria &c.*

Quæ regula adeo vera eſt, ut ne fiſcus de Publico intereſſe, ut ajunt, agere poſſit, *Dn. Par. in Carol.* 1. *ad Diſp. de Cumulat. pet. & poſſ.* ubi & exceptiones recenſet, uti ſi tantum ad damnum reſarciendum actor egit. *Gail. L.* 1. *O.* 65. *Myn. Cent.* 2. *O.* 98. *n.* 10. *Hopp. ad Inſt. h.*

OBST. *L.* 2. §. 1. *ff. Vi bon. rapt.* ubi actio vi bonorum raptorum, & actio Legis Juliæ de vi privata concurrere poſſunt, cum tamen utraque ſit pœnalis.

RESP. (1) Non ſunt duæ actiones mere pœnales; nam actio vi bonorum raptorum poſt annum eſt in ſimplum, indeque tunc cum pœna, Lege Julia ſtatuta, concurrere poteſt.

DISSENTIT *Carpz. p.* 4. *c.* 24. *def. fin. & Prax. crim. P.* 5. *qu.* 95 *n.* 26. cui ſatisfactum ab *Eckolt. ff. tit. de Injur. Mart. Proc. t.* 5. §. 4. *n.* 199.

Pro noſtra ſententia in contradictorio judicavit Curia Halberſtadienſis, in cauſa Scherßlings, contra Wachteln, d. 3. Sept. 1696. item in cauſa Kropf, contra Beckern, d. 19. Nov. 1691.

QV. XXIX. *An cum actione recantatoria, tam aestimatoria, quam criminalis persecutio cumulative concurrant?*

Laut. pag 670. verb. *cum recantatoria &c.*

Equidem ideo introducta videtur actio ad palinodiam, ut illi quoque, qui criminaliter agit, quodammodo satisfiat per recantationem: & hoc sensu potius rei persecutoria dicitur.

Unde facile apparet, currere eam cum omnibus actionibus injuriarum posse, nam cum his omnibus pœna petatur, constat rem & pœnam invicem non consumere, *Laut. Comp. p.* 670. quicquid dissentiat *Carpz. P.* 4. *C.* 24. *def. fin.* Atque ita quotidie cumulari has actiones, observavi in Curia Halberstadiensi, in causa Reindorff, contra Oppen, Stifft Quedlinburg contra Scherzling, du Plessis, contra Premseln &c.

QV. XXX. *An retorsio Jure Civili sit licita?*

Laut. pag. 670. verb. *nec civili.*

Negatur: (1) Quia nemo Judex esse debet in propria causa. *tot. tit. C. Ne quis in sua.* Nam (2) ideo Magistratus est constitutus, ne quis sibi jus dicat. *L.* 23. *Quod met. caus.* (3) Hæ retorsiones non juris tuendi causa, sed ex iracundia & animo ulciscendi fiunt, quod prohibetur. *L.* 45. §. 4. *in f. Ad Leg. Aquil.* Sane (4) Leges privatam defensionem tum demum permittunt, si necessaria est, *L.* 3. §. 9. *de Vi & vi arm.* qualis hic non est.

Obj. *L.* 3. *de Just. & jur.*

Resp. Legitima defensio omnino jure naturæ licita est, sed tantum, si necessaria est, alias in judicio ea fieri debet.

Obj. *L.* 25 *ff. de Procur.* ibi: *dominum mentiri:* adeoque crimen collusionis, procuratori imputatum, hic retorquetur.

Resp. (1) Hic non est retorsio, sed negatio criminis imputati, ait enim procurator, *dominum mentiri*, i. e. rem ita se non habere.

Resp. (2) Improbatur ibi potius hæc retorsio, & dicitur, totum istud coram Prætore tractari debere. Sed & (3) procurator se defendit contra convitium in judicio. Vid. *L.* 10. *C. de Injur.*

Obj. *L.* 14. §. 6. *de Bon. libert.* ibi: *retorsit in eum crimina.*

Resp. Sensus est, quod vicissim eum accusaverit in judicio de aliis criminibus, Idque ex ratione allegata apparet, ibi: *ignoscendum enim est.*

Praxis

Praxis tamen contraria invaluit; vid. *Laut. p.* 670. *ibique Dd.* modo non nova injuria inferatur. *Dn. Par. Hyp. Inst. h.* §. 0. *Gail. L.* 2. *O.* 100. & 101.

Qv. XXXI. *An desinat esse famosus libellus, si autor nomen suum apponat?*

Equidem Jure communi negari non potest, libellum famosum tunc demum esse, quando nomen additum non est, (1) per *l.* 5. §. 9. *h.* ibi: *vel sine nomine;* non ergo cum nomine; (2) per *L.* 1. ibi: *scriptionis autor requiratur. L.* 3. ibi: *quorum auctor nullus exstitit; L.* 4. ibi: *quæ nomine accusatoris caret. C. Theod. de Fam. libell.* (3) *L. un. C. de Fam. lib.* ubi dicitur, quod scribens famosum libellum potius *nomen suum profiteri debeat, & ore proprio edicere.* (4) Apud omnes gentes suppressio nominis libellum demum facit famosum. Vid. *Nebelk. dec.* 16. Sane (5) nulla ratio dari posset, cur injuria scripta tam leviter, famosus libellus vero capitaliter puniatur, nisi quod odiosa admodum hæc sint scripta, suppresso nomine edita, facile enim spe impunitatis latitans ille injurias evomere posset; unde, ne ex occulto insidiæ struantur, deterreri proposita tanta pœna debet, quod opus non est, si nomen apparet; quia tunc actione injuriarum conveniri autor potest. Neque (6) vera ratio differentiæ dari posset inter injuriam scriptam & famosum libellum, si huic nomen additur: quod enim quidam ajunt, *famosum libellum* esse, quando *totus* libellus in alterius injuriam scribitur, *injuriam scriptam* autem, si injuriæ *incidenter* fiat mentio &c. id nullibi in Jure dicitur; & licet *Berlichius P.* 5. *C.* 67. injuriam scriptam etiam in literis privatis contineri posse, putet, non vero famosum libellum, hoc itidem divinatorium est: si enim literæ privatæ injuriam sine nomine adjecto contineant, omnino erit famosus libellus. Accedit (7) textus expressus in *Ord. Car. art.* 110. ibi: mit seinem rechten Tauff- und Zu-Namen nicht unterschrieben.

Laut. pag. 671. verb. (2 *quod auctor &c.*

Obj. (1) *arg. d. l.* 5. *§.* 9. verb. *Etiamsi.*

Resp. Verbum *etiamsi* restringendum est ad verba *alterius nomine*, ut sensus sit, quod non tantum tunc teneatur, si sine nomine, sed etiam, si alterius nomine ficto. Vid. *Dn. Berg. Ref. Leg. Obst. h. qu.* 4.

Obj. (2) *O. P. de ann.* 1577. *tit.* 37. §. Und setzen. verb. Es habe der Autor seinen Namen darunter gesetzt, oder nicht.

Resp.

Resp. *Dn. Berg. d. l.* his verbis: Loqui non de famoſo libello, ſed tantum hoc velle, ne libri ad infamiam & contemtum alterius ſcripti inprimantur & vendantur, etiamſi nomen auctoris in iſtis libris adjectum ſit. Igitur verba: Es habe der Autor, applicanda ſunt ad verbum: Schrifften, non ad verbum: Famos-Bücher, de us enim agitur *in fin. d. tit.* 35. § Und ſetzen. ubi expreſſe ſuppreſſio nominis ſupponitur, ibi, bis der rechte Autor befunden, hinc etiam Imperator *ibidem* ſejungit famoſe Bücher von andern Schrifften, per particulam disjunctivam Oder.

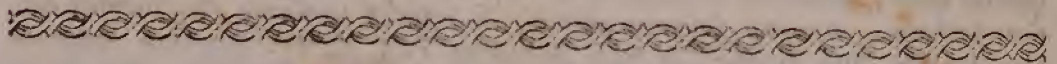
Noſtram ſententiam tuetur *Laut. h. p.* 671. *ibique late Dd.*

Dissentiunt Dd. apud *Laut. d. l. Struv. h.* §. 67. *& Berl. P.* 5. *concl.* 67. *n.* 31. 36. *&* 37. *ibique late Dd.*

Qv. XXXII. *An actio famoſi libelli ſit annalis, an perpetua?*

Resp. Eſt perpetua: quia eſt Juris Civilis, & conſtitutione Cæſarea introducta, *L. un. C. de Fam. lib.* actiones vero ex legibus, SCtis & conſtitutionibus Principum ſunt perpetuæ. Sed & pœna gravior eſt in famoſis libellis, quam actionibus injuriarum, adeoque longior præſcriptio. Atque ita ſentiunt *Weſenb. Conſ.* 22. *n.* 7. *Heig. P.* 2. *q.* 31. *n.* 14.

Dissentit *Farinac. Pract. Crim. L.* 1. *t.* 1. *qu.* 10. *n.* 24. *& alii apud Berl. P.* 5. *c.* 69. *n.* 54.



LIB. XLVII. TIT. XI.

DE EXTRAORDINARIIS CRIMINIBUS.

Qv. I. *An doloſa puellae de ſtupro interpellatio puniatur ultimo ſupplicio?*

Laut. pag. 672. verb. doloſa &c. Negatur: Nam inauditum eſt, eum, qui puellam interpellavit perfecto quoque flagitio, capite puniri, quæ pœna tum ne quidem in adulterio obtinuit.

At ſi puero, puellæ, vel etiam mulieri viduæ (*arg. l.* 34. §. 1. *de Adult.*) ſtuprum perſuaſerit, hoc modo, ut vel comitem, qui eis honoris & inſpectionis cauſa additus erat, abduxerit, aut corruperit, aut ſimile quid circa comites impudicitiæ perſuadendæ cauſa fecerit, v. g. donum præbendo,

do, pretiumque dando, ut ille ſtuprum pueri vel puellæ perſuadeat; hoc caſu doloſus talis perſuaſor, & comites, qui corrumpi ſe paſſi ſunt, graviter ſatis, ultimo nimirum ſupplicio, puniuntur, propter gravitatem periculi, ne comites, qui defendere debebant, ſeducantur ad turpiſſimam proditionem, & publica quaſi ſecuritas violetur. Et hunc eſſe ſenſum *l.* 1. §. 1. *h.* patet ex ejus *fine*, qui eſt *de Comitibus*, ad quos proinde omnia præcedentia pertinent.

Qv. II. *Quomodo abortus procuratio puniatur?*

RESP. Vel partus NONDUM EST FORMATUS ac vitalis, ſimplex relegatio locum habet, de quo eſt *L.* 4. *ff. h.* tum, quia partus non facit mentionem, tum, quia non hæc additur ratio, quod homo occiſus ſit, ſed quod maritus ſpe ſua fruſtratus ſit, & ideo ſaltem id impune non fore dicitur. Hinc certa quoque pœna definita non eſt in *art.* 133. *O. C.* ibi: *abactio a fœtu nondum perfecte vitali ne hoc quidem impune adibit, verum a Jureperitis Judices conſilium capiunto.* Sane homo nondum eſt, *l.* 9. §. 1. *Ad L. Falc c.* 8. *XXXI. qu.* 2. ſed ſaltem ſperatur; *d. L.* 4. & *L.* 14. *C. de Fideic. libert.* Hinc etiam Jure Canonico pœna pecuniaria ſtatuitur, *C.* 9. *C.* 32. *qu.* 2. Conf. *Ex. eod.* 21. §. 22. *Struv. h.* §. 97. *Laut. pag.* 671. *verb. abortus procuratio &c.*

OBJ. *l.* 38. §. 5. *de Pœn.* ubi poculum abortionis, etſi ſine dolo datum, punitur damnatione ad metalla, vel deportatione, ſi tentatum ſit, ſi vero perierit, morte, item *L.* 39. *pr. eod.* ubi pœna mortis in abactionem partus ſtatuitur.

RESP. Loquitur de homine, adeoque de partu vitali, de quo ſtatim.

Vel partus eſt FORMATUS ET VITALIS, tunc ultimum ſupplicium locum habet, ex Lege Cornelia de ſicariis, *L.* 8. *C. Ad L. Corn. de ſic.* nam revera hominem occidit, de quo caſu ſunt *l.* 38. §. 5. *de Pœn.* ibi: *quod ſi eo mulier aut homo* (adeoque loquitur textus de partu formato), *perierit, ſummo ſupplicio afficiuntur*; & *L.* 39. *eod.* ibi, *partum ſibi medicamentis ipſa abegiſſet, rei capitalis eſſe damnatam:* agi autem hic de partu formato, apparet tum ex loc. *Cic. pro Cluent..* unde deſumta eſt illa Lex, ubi rationes hæ afferuntur: quia ſpes parentis, memoria nominis; ſubſidium generis, hæres familiæ, deſignatus reipublicæ civis perit; *tum*, quia opponitur abactioni partus illa vis, quæ viſceribus infertur, quo partum abigeret, quod crimen coercetur ex L. Corn. de veneficiis, & punitur temporali exilio, *d. L.* 99. *L.* 4. *de Extraord. crim. L.* 8. *ff. Ad L. Corn. de ſicar.* amiſſa honorum parte, *l.* 38. §. 5. *de Pœn. Carpz. P.* 4. *C.* 4. *d.* 3.

Atque hæs pœna mortis Jure Divino, *Exr.* 21. Jure Canonico, *C.* 7. *seq. XXXII. qu.* 2. 20. *in fin. II. C. qu.* 5. Legibus Gothorum, *Leg. Wisig. Lib.* 6. *L.* 1. & denique *Ordinatione Criminal. art.* 131. & 133. statuta est; in qua ultima Constitutione pœna culei in fœmina obtinet, &, si reiteratur, pœna ignis seu pali, etiam in masculo.

Quando vero animatus censeatur, diversæ exstant sententiæ, alii formando partui 35. alii 45. movendo alii 50. alii 70. alii 76. perficiendo 210. alii 300. dies dederunt, alii aliter, de quibus late *Goth. ad L.* 30. & *Laut. h. pag.* 672. at rectius hæc medicorum inspectioni & judicio relinquuntur, *Zieritz. ad O. C. art.* 133. *Goth. ad L.* 30. *de Pan.*

Neque Obstat, quod partus, nondum editus, homo non sit, *L.* 9. §. 1. *Ad Leg. Falc.*

Resp. Imo in Jure ei, qui jam vivus est, & brevi speratur edi, perinde prospicitur, ac nato, *L.* 14. *C. de Fideic. lib. L.* 26. *de Stat. hom.* Atrocius enim quodammodo est, eum, qui speratur; ante vitam necari, *l.* 1. §. 9. *de ventr. in poss.*

Idem est, si partum non quidem abigat, sed aliis modis mori patiatur: ita enim (1) gladio punitur, quæ vel in squalore mori infantem dolose passa est, vel dolose ventrem exonerando tanquam casu in latrinam emisit, *Carpz. P.* 4. *c.* 4. *d.* 5. & 6. (2) Si exponit infantem animo occidendi, multo magis pœna occisi partus tenetur, *C.* 20. *II. qu.* 5. *in fin.* modo partus mortuus sit, alias pœna arbitraria obtinet, *Carpz. d. C.* 4. *d.* 8. *seq.* Si non animo occidendi, sed onera evitandi, levior est, & punitur an Leib oder Leben, *O. C. art.* 132. sufficit vero fustigatio cum perpetua relegatione. Quid (3) obtineat, si infans inveniatur clam natus & mortuus? *vide O. C. art.* 131. *Add. Wissenb. h. n.* 5. & 6.

Qv. III. *Quale crimen sit scopelismus.*

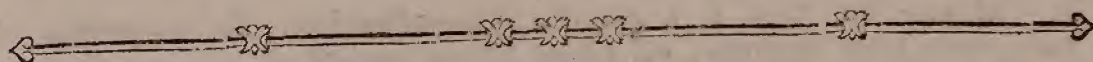
Laut. pag. 676. verb. *scopelismus &c.*

Doctores citra definitionem hujus criminis admodum variant. *Alii* putant committi illud per solam lapidum positionem, quibus agrum colentibus mortem minatur ponens, *L.* 9. *h. t. Laut. h. pag.* 672. *Brunn. ad l.* 9. *ff. de Crim. extraord. Alii* putant, incantatione & magicis artibus Los lapides fuisse præparatos, ita, ut accedentibus letho malo pereundum sit, quod optime refellit *Struv. Ex.* 48. §. 83. *Alii* scopelismum simplicem speciem diffidationis faciunt, *Carpz. Pr. Crim. qu.* 37. *P.* 1.

Rectius

Rectius dicimus, scopelismum esse talem speciem diffidationis, quæ signis fit, *d. L.* 9. ibi: *Lapides ponere, indicio futuros.* & mox: *qui scopelismum fecerunt.* Non autem præcise opus est, ut *lapides* ponantur; sed & aliis signis fieri potest: nam describitur in *d. L.* 9. crimen, uti plerumque fieri solet, quo ipso non excluduntur alia signa, mortem, incendia &c. minantia; pari enim ratione crimen hoc committitur, si quis globum plumbeum cum pulvere pyrio, seu sulphur, carbones aliaque indicia, Brand-Zeichen rc. ponat, indicio futuros, quod, si quis eum agrum coluisset, malo letho sit periturus. Originem huic crimini Arabia debet, *d. l.* 9. Unde Doctores locum Jobi, *c.* 5. *v.* 23. huc referunt, ubi ait: *fœdus habebis cum scopulis campi.* verum per lapides, seu scopulos, ibi nihil aliud intelligitur, quam antra ferarum, ubi feræ habitare solent; promittitur igitur ibi securitas a feris, quæ in speluncis latitant, quod satis declaratur per sequentia verba: *cum feris campi pacem habebis.*

Pœna hujus criminis arbitraria est, & pro qualitate delicti usque ad ultimum supplicium extendi potest, *d. l.* 9. grave enim delictum est, ubi quis spreto Judice propria autoritate vindictam exercet minando alteri mortem vel exitium. Conf. *O. C. art.* 128. *R. I. de ann.* 1555.



LIB. XLVII. TIT. XII.

DE SEPULCHRO VIOLATO.

Qv. I. *An poena sepulchri violati actori sit applicanda?*

AFFIRMATUR, *L.* 3. *pr. h.* ibi: *ut ei, ad quem pertineat,* & mox: *quicumque agere volet, ei &c.* nam agitur ea actione in id, quod cujusque interest, *d. l.* 3. §. 9. Accedit, quod in omnibus actionibus popularibus id ita juris sit, *l.* 3. *de Term. mot.* *Laut. pag. 673. verb. actori applicandos &c.*

OBJ. *L.* 25. *§. f. Ad SCt. Sylan.* ubi pœna cum fisco dividitur.

RESP. Ibi hoc speciale est, & in specie Lege additum, regulariter autem non obtinet, *Goth. ad d. l.* 25. §. *f.*

OBJ. *L.* 3. §. 5. *h.* ubi ille, qui in civitate sepelit, 40. aureos non actori solvit, sed fisco.

RESP. Loquitur textus de fisco actore; adeoque de processu inquisitorio.

Qv. II. *An locum habeat haec actio, si quis ejecerit mortuum sepultum in eum locum, ubi sepeliendi jus non erat?*

Laut. pag. 673. verb. si quis ejecerit.

NEGATUR; quia non erat sepulchrum, cum inferendo in locum alienum sepeliens eum non faciat religiosum, *l.* 2. §. 7. *l.* 4. *l.* 7. *l.* 43. *ff. l.* 2. *C. h.* Unde nec violari potest.

OBJ. *L.* 8. *ff. de Relig.* ubi eximere vi propria non licet.

RESP. Alia actio datur, scilicet injuriarum, non vero de sepulchro violato.

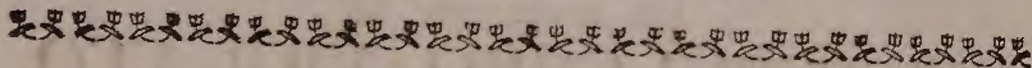
DISSENTIT *Lauterb. a se ipso supr. p.* 163. ubi ait, non posse mortuum, in loco alieno sepultum, propria autoritate effodi sine pœna sepulchri violati, atque in eam rem allegat, *l. f. de Sepulch. viol.* Verum ea nihil probat; nam agit de sepulchro, quod non est, si in alieno loco mortuus infertur. *Conf. Frantzk. tit. de Relig. n.* 10.

Qv. III. *Qualis pœna in spoliatores cadaverum sit constituta?*

Laut pag. 673. verb. si sine armis.

RESP. Olim mors in vilioribus, deportatio in honestioribus, *l. f. h.* Hodie arbitraria, *Carpz. Pr. Crim. qu.* 83. *n.* 60.

Miratur *Dn. Stryk. h. t.* cur non detur actio furti, sed in promta est ratio, quia plane dominus, vel saltem invitus non est.



LIB. XLVII. TIT. XIII.

DE CONCLUSIONE.

Qv. I. *An diffidatio sit affinis concussioni?*

Laut. pag. 674. verb. hujus affinis &c.

NEGATUR; sed rectius affinis dicitur scopelismo: nam hæc est diffidatio realis, uti supra *ad tit. de Extraordinariis criminibus vidimus.*

Qv. II. *Quomodo differat diffidatio a minis?*

RESP. Ut genus & species: nam diffidationes sunt minæ conjunctæ cum facto, quo significatur pernicies, & contemtus judicis. Vid. *Carpz. P.* 4. *Const.* 15. *def.* 2. *per tot. & Pract. Crim. qu.* 37. *n.* 65.

LIB. XLVII. TIT. XIV.

DE ABIGEIS, ABACTORE, ABIGEATORE &c.

Qv. *An etiam ſit abigeus, qui pecus ex ſtabulo ſubtrahit?*

AFFIRM. in *L.* 3. §. 1. *h.* NEGATUR *in L.* 1. *§.* 1. *h.* Utrumque verum: nam *proprie* e ſylva & paſcuis publicis apertisque abigunt, *d. L.* 1. *minus proprie* e ſtabulis, ubi non eſt nuda abactio, adeoque *plenius* eſt coercendnm, *d. L.* 3. non *lenius*, ut legit Cujacius.

✠✠

LIB. XLVII. TIT. XVI.

DE RECEPTATORIBUS.

Qv. I. *An receptatores etiam reorum privati delicti puniatur ex hoc crimine?*

AFFIRMATUR: quia, qui furem celat, ut fur punitur, *L.* 48. §. 1. *d. Furt.* & ille, qui recepit raptorem, eadem poena tenetur, *L.* 3. *§.* 3. *de Incend.* Utrumque autem eſt delictum privatum. *Laut. pag.* 675. *verb. etiam privati &c.*

EXC. Si tale delictum ſit, ex quo reus principalis extra ordinem conveniri nequit, adeoque nec receptator, ut in Lege Aquilia.

Qv. II. *An parentes & cognati ſuſpecti de receptione, juramento ſe purgare debeant?*

NEGATUR, tum, quia metus eſt perjurii, tum, quia parentes adverſus liberos nec volentes ad teſtimonium admittuntur, *L.* 6. *C. de Teſtib.* *Laut. pag.* 676. *verb. non etiam parentes.*

OBJ. Publice intereſſe, ut hujusmodi delicta puniantur.

RESP. Non tamen tanta eſt hæc ratio, ut tollat metum perjuri, vel Pietatem parentum erga liberos.

OBJ. *arg. L.* 35. *de Relig.* ubi pater filium perduellem & parricidam impune occidere poteſt, idque ob ſalutem publicam.

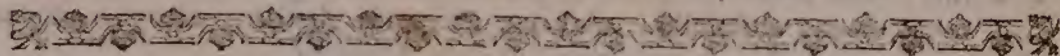
RESP. Singulare eſt in crimine læſæ majeſtatis, & parricidio.

Qv. III. *An, si delictum sit atrocissimum, sola scientia delicti puniri possit?*

Laut. pag. 6 6. verb. nisi delicta &c.

Regulariter hoc negandum, quia nihil mali agit tacens, neque causa criminis in silentio subest; idque ita traditur in *Can. Placuit. C.* 6. *qu.* 2.

Exc. Quoties quædam crimina in specie excepta videntur, ut (1) in causa majestatis, *L.* 5. *C. Ad L. Jul. Maj.* (2) In Parricidio, *L.* 6. *L.* 2. *ff. de Parric.* (3) In raptu. *L. un.* §. 2. *C. de Rapt. virg.*



LIB. XLVII. TIT. XIX.

EXPILATÆ HÆREDITATIS &c.

Qv. I. *An propter expilatam hæreditatem hodie furti agi possit?*

Laut. pag. 677. verb. non etiam &c.

Negatur; quia propria actio *expilatæ hæreditatis* hic dicatur. Et cum crimen sit extraordinarium, pœna quoque extraordinaria statui debet, *l.* 1. *h. t.* Sane pœna furti est odiosa ac exorbitans, adeoque extendi non debet, *L. p. de Pœn.*

Obj. *L.* 12. *C. Ex quib. caus. inf.* ubi expilatio hæreditatis dicitur furtum improbius.

Resp. Furto comparatur quoad infamiam, ex utraque enim causa condemnatus fit infamis, *d. L.* 12. Sed & licet instar furti sit, non tamen eadem pœna obtinere debet.

Qv. II. *An aliae actiones rei persecutoriae concurrant cum actione hac extraordinaria?*

Laut. pag. 678. verb. hic concurrit &c.

Affirmatur, & quidem cumulative; quia, etsi pœnam quis consecutus sit actione hac extraordinaria, nondum tamen rem habet, adeoque hanc adhuc petere potest, *L. un. C. Quand. civ. act. L.* 7. *de Cond. furt.* ubi exempla recensentur.

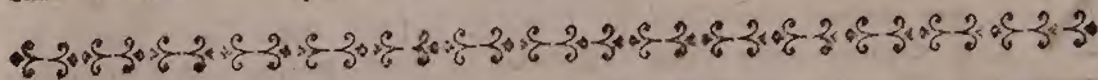
Obst. *L.* 8. *ff. h.* ubi non nisi elective concurrunt petitio hæreditatis, & crimen expilatæ hæreditatis.

Resp. Ipsæ actiones non concurrunt elective, sed duo judicia, & eligit auctor, an apud Præfectum Urbi criminaliter, an apud Præsides civiliter agere velit: apud unum ergo horum Judicum utramque actionem simul intentare non potest, ad singulas apud utrumque potest.

Obj.

Obj. *L. f. C. h.* ubi hoc crimen dicitur intentari in ſubſidium, ſi deficit actio, ergo non poteſt cum ea concurrere.

Resp. Intentari poteſt, ſi deficit actio, ſcil. publica & ordinaria, nam ideo eſt crimen extraordinarium, quia ordinaria actio inde non datur; duæ enim criminales nunquam concurrunt.



LIB. XLVII. TIT. XX.

STELLIONATUS.

Qu. I. *An ſtellionatum committat, qui eandem rem duobus diverſis contractibus vendit?*

Neg. ſed erit *falſum*, *L. 21. Ad L. Corn. de falſ.* utpote cum in alterius præjudicium veritas improbe mutetur. Vid. *Laut. infr. tit. Ad L. Corn. de falſ.* Stellionatus autem locum non habet, niſi deficiente titulo ordinario criminis, *l. 3. §. 1. in f. h.* *Laut. pag. 678. verb. non etiam &c.*

Obst. *L. 3. §. 1. h.* ubi expreſſe dicitur, quod ſi quis rem alii obligatam, diſſimulata obligatione alii diſtraxerit &c. ex ſtellionatu teneatur. *Conſ. l. 10. §. 1. l. 36. §. 1. de Pign. act.*

Resp. Agitur hic de caſu, ubi non duobus vendidit, ſed ubi uni obligavit rem, eamque poſtea alii vendidit, hoc caſu *falſum* non committitur; quia *veritas* hic non mutatur, utpote cum res vere in emptorem jure dominii, licet cum onere, transferatur: nec *præjudicium* tertii hic vertitur, quia creditor jus ſuum per actionem hypothecariam emtor vero regreſſum per actionem venditi ſalvum habet: cum ergo ſpeciale nomen criminis hic deficiat, ſtellionatum committere videtur.

Qu. II. *An ille, qui rem alienam tanquam ſuam oppignorat creditori, ſtellionatum committat, licet non juraverit?*

Affirmatur, *L. 16. §. 1. de Pign. act.* ibi: *Si rem alienam dedit &c. ſtellionatus crimine tenetur. L. 36. §. 1. eod.* ibi: *Si quis rem alienam mihi pignori dedit &c. eodem crimine plectetur.* Sed & cum alius titulus criminis hic deficiat, & tamen inſignis verſutia atque malitia committatur, ſtellionatus ſupereſt, *l. 3. §. 1. h.* *Laut. pag. 678. verb. licet juramentum &c.*

Obj. *L. f. h.* ubi hæc ita vera eſſe dicuntur, ſi ſua pignora eſſe juravit.

Resp.

Resp. Tunc duo ſunt crimina: (1) perjurii, (2) doli: utrumque eſt ſtellionatus, quia ſpeciale nomen criminis non eſt, adeoque ex utroque agi poteſt ad pœnam ſtellionatus, ſalvis prӕterea reliquis pœnis perjurii.

Qu. III. *An ſtellionatus infamet?*

Laut. pag. 679. verb. non infamat.

Neg. per textum expreſſum in *L.* 2. *ff. h.* (ubi male Faber *Conject.* 2. *L.* 4. expungendam putat negativam). Sane poenӕ nunquam infamant, niſi infligantur propter cauſam per ſe famoſam.

Obst. *L.* 22. *ff. de His, qui not. infam.* ubi crimen ſtellionatus infamiam dicitur irrogare damnato.

Resp. Verum hoc eſt, ſi ſtellionatus committitur in cauſa famoſa, ut in depoſito, mandato &c. Nam in genere tantum oſtenditur in *d. l.* 13. quod licet ſtellionatus non ſit judicium publicum, tamen infamia aliquando inde oriatur, quod in extraordinariis regulariter non fit.

Qu. IV. *An cum hoc crimine concurrant actiones rei perſecutoriae?*

Laut. pag. 679. verb. hic concurrunt.

Affirm. quia res & poena invicem nunquam conſumunt, *Vid. ſupr. tit. de Obl. qu. fin. & tit. præced. qu. fin.* Idque expreſſis verbis ita traditur in *l.* 1. §. *f. de Pign. act.* ibi: *tenebitur tamen pignoratitia actione contraria praeter ſtellionatum, quem fecit.*

Obj. (1) *arg. L.* 8. *ff. Expil. haer.* Sed ei jam ſatisfactum eſt *tit. praeced. qu. fin.*

Obj. (2) *arg. l.* 56. §. 1. *de Furt.* ubi fur criminaliter accuſatus & rem furtivam reſtituere juſſus, non amplius tenetur actione furti in ſimplum.

Resp. 1. Loquitur de actione utrinque poenali; tunc enim idem fur bis actione poenali non tenetur, idque apparet ex verbis *majores poenae.*

Resp. 2. Loquitur de caſu ſingulari, ubi quis inductus in periculum majoris poenӕ rem furtivam reſtituit: nam ille, qui criminaliter accuſat, & rem furtivam conſequitur, non poteſt ulterius agere in ſimplum, utpote quod jam recepit, ibi: *recepta eſt pecunia ſublata.* & mox: *reſtituere rem juſſus fuerit.*

LIB.

LIB. XLVIII. TIT. I.

DE PUBLICIS JUDICIIS.

Qv. I. *An denunciatio specialis sit justa in delictum inquirendi causa?*

Equidem inter justa, * quæ inquisitioni causam dant, indicia referri quoque solet DENUNCIATIO SPECIALIS, sive partis offensæ, sive tertii, *Carpz. Prax. Crim. p.* 3. *qu.* 108. *n.* 54. de qua prolixe agit *Damhoud. Pr. Crim. c. VI. pr. tot. & Brunn. Proc. Civ. c.* 4. *n.* 21. *seq.* Sed prudentis Judicis est diligenter introspicere ac animadvertere personæ denunciantis qualitatem, ingenium, mores, omnesque conditiones, nec non studiose & accurate perscrutari singulas tam denunciatoris, quam aliarum rerum pene omnium circumstantias. Quatuor autem requirit *Brunn.* ad legitimam denunciationem: (1) Scripturam; (2) Expressionem delicti; (3) Nomen delinquentis; (4) Nomen denunciantis. *Proc. Civ. c.* 4. *n.* 23.

* *Laut. pag.* 681. *verb. publica fama &c.*

Hæc denunciatio fit vel a *fiscali* persona, vel a *privato. Illo* casu, vel evidentia adsunt indicia criminis perpetrati, & tum proceditur ad specialem inquisitionem; vel indicia sunt leviora, & admittetur ad defensionem pro avertenda inquisitione. Si nulla adsint indicia præter famam, generalis inquisitio injungi fiscali solet: quæ omnia prudentis Judicis arbitrio committuntur. *Hoc casu* itidem non statim fiscali res committenda, vel specialis inquisitio decernenda est, sed tum demum, si ex instrumentis, vel testium summaria depositione denunciatio probetur, *Brunn. ad l.* 8. *ff. de Injur.* quia vero hujusmodi denunciationes plerumque non publicæ utilitatis desiderio, nec vero justitiæ zelo, sed ex vindicta, & odio fieri solent, prudens judex citet utramque partem, & cognoscat, an legitime facta sit denunciatio, an indicia sufficientia adsint &c. Si jam appareat, vel (1) vindictæ cupidine, aut inimicitiæ causa, denunciationem factam, repellitur denuncians, *Cap. Expellantur & C. Qualiter. X. de Accus. Damhoud. d. l. n.* 6. Idem (2) si a personis infamibus vel vilioribus fiat, *C.* 1. *X. eod. C. Dilectus. X. ibid. Damhoud. d. l. n.* 3. 4. *&* 7. ut & (3) si veritas delicti nullis indiciis saltem probabilibus & verosimilibus probari possit, denunciatus pure absolvitur, nec, denunciationem ad inquisitionem specialem sufficere, decernitur. Atque hinc cum pars læsa adversarium, qui præstito delato juramento absolutus fuit, perjurium fecisse denunciaret, illudque ex testium depositione probare vellet, causa cognita in Curia Halberstadiensi absolutus fuit, tum, quia testes variarunt, tum, quia alii testes contrarium quoque edixere, tum denique, quia difficilis in tumultu est certitudo, sed & jurans, se primas

 inju-

injurias non evomuiſſe, ipſe forte id ignorare poteſt, indeque de dolo conſtare merito deberet, quod probatu difficilimum eſt: in cauſa Schrader, contra Schrader, ann. 1710.

Qui injuria alterum denunciatione ſua reum fecit, non tantum damna & expenſas reſtituere, ſed & a Judice puniri debet, adeo, ut pœnam talionis hic locum habere putet *Damhoud. Prax. Crim. c.* 6. *n.* 8. Sed & injuriarum actio datur denunciatio, contra denunciantem. *Brunn. ad L.* 18. *ff. de Injur. n.* 2. *ſeq.* niſi hic probabilem denunciandi cauſam habeat, uti in dicta cauſa deciſum memini.

Qv. II. *Quidnam requiratur ad id, ut ſpecialis inquiſitio decerni poſſit? & quando inquiſitus pro avertenda inquiſitione audiatur?*

Laut. ibid. verb. ſpecialis.

RESP. Requiſita proceſſus inquiſitorii ſunt (1) corpus delicti, ut vocant, i. e. delictum commiſſum eſſe, *l.* 1. §. 24. & 25 *Ad SCt. Silan.* quod ex inſpectione oculari probatur, vel ſi facti ſit tranſeuntis, ex conjecturis probabilibus. (2) Indicia probabilia, quæ vel mediante juramento purgatorio, vel per torturam elidi debent. (3) Ne ſit injuria mere privata, ſed publice interſit, eam vindicari, *L.* 13. *pr. de Offic. Praeſid.*

Adeo autem his requiſitis poſitis ſpecialis inquiſitio intentari poteſt, ut nec reus pro ea avertenda audiri debeat; modo tale crimen ſit, quod ſcandalum reipublicæ præbet, *Carpz. P.* 3. *qu.* 101. *n.* 22. *ſeq.* Si vero crimen tanti non eſt, nec teſtes directo de crimine commiſſo teſtentur, ſolet pro avertenda inquiſitione reus audiri, *Mev. P.* 2. *dec.* 321. *n.* 7. *Carpz. Pr. Crim. P.* 3. *qu.* 115. *n.* 23. *Farin. Prax. crim. qu.* 39. *n.* 80.

Qv. III. *An inquiſitus ſuſpendi ab officio debeat, & an interim ſalarium percipiat?*

RESP. Si ad ſpecialem inquiſitionem gravatus quis eſt, ſuſpendi ſolet ab officio: cum enim fama ejus ſuggilletur per indicia probabilia, non poteſt officio ſuo fungi, niſi ſeſe ab illa ſuſpicione purgaverit.

At quamdiu de crimine convictus non eſt, fruitur omnibus emolumentis, quæ officio cohærent; quia officium durat, & exercitium ſaltem ob ſcandalum ſuſpenditur, *Mev. P.* 8. *dec.* 144. at verum hoc eſt de fixo ſalario, non de emolumentis, quæ pro ſtudio & labore dantur, v. g. der Beicht-Pfennig, Tauf-Geld, Leich-Predigten ꝛc. atque ita judicatum in Curia Halberſtadienſi, in cauſa Fiſci, contra Struven.

Aliud

Aliud tamen eſt, ſi ſuſpenditur ab officio, non, ut ei proceſſus inquiſitorius formetur, ſed in pœnam: uti ibidem judicatum in cauſa Fiſci, contra Ortlepium. Conf. *Carpz. Jurispr. Conſ. L.* 3. *tit.* 10. *def.* 114. *n.* 4. & 5.

Qu. IV *Quisnam ſit ordo cognoſcendi, ſi cauſa civilis & criminalis concurrant?*

RESP. Ex eodem delicto plures aliquando naſci actiones, conſtat. Hinc diſputari ſolet, quænam in cognoſcendo præferri debeat: & regulariter cognitionem criminis cauſæ civili præferendam ajunt. Ego, re rite perpenſa, exiſtimaverim, utramque ſimul peragendam, & ſive civilis jungatur criminali, ſive civili diſceptatione inſtituta crimen incidat, Judicem utramque diſceptationem una ſententia perimere poſſe. Quæ regula ita traditur in *L. p. C. de Ord. jud.* Neque enim video, cur criminalis præferri, & reus duobus proceſſibus, cum uno terminari cauſa poſſit, vexari debeat. Atque hinc quotidie videmus, injuriarum agentem cumulare criminalem & civilem ad palinodiam; furti accuſatus tenetur & ad reſtitutionem, & ad extraordinariam; conjux contra conjugem adulterum & poenam poſtulat, & divortium, ac reſtitutionem dotis urget &c.

Patitur vero hæc regula ſuas exceptiones; aliquando enim quoad ordinem cognoſcendi præfertur cauſa civilis criminali, aliquando criminalis civili. ILLUD fit (1) ſi cauſa civilis ſit præjudicialis, ut ſi de ſtatu rei quæratur: ex ſtatu enim dependent omnia jura, & fruſtra de crimine quæritur, ſi forte perſona non ſit criminis capax, *L. pen. C. de Ord. jud.* Idem eſt (2) ſi cauſa civilis ſit poſſeſſoria, *L.* 1. *C. de App.* ne, dum Judex in crimen inquirit; praedo maneret in poſſeſſione, indeque ſubſidia contra dejectum peteret, conditionemque hujus deteriorem redderet. Conf. *L.* 7. *C. de Vi publ.* Conf. ſupr. *L.* 43. *tit.* 16. *qu.* 6.

HOC fit, & cauſa criminalis præfertur civili, ſi uno proceſſu utraque actio cumulari commode non poſſit, quod ſæpe ſit, *L. f. C. de Ord. jud.* inprimis, ſi tertius vel fiſcus accuſet, & ad pœnam, læſus vero civiliter agat, tunc enim major cauſa minori, adeoque criminis cognitio cauſæ civili præfertur, *d. L. f.* Accedit, quod probato crimine, utpote quod non niſi evidentiſſimas probationes admittit, facilior ad cauſæ civilis probationem ſit tranſitus; quin plane nova probatione opus non erit: cum e contrario hæc leviorem admittat, indeque ſi ea prius decideretur, nova probatio criminis, non absque diſpendio rei

admittenda esset. Idque verum est, etsi causa civilis jam cœpta sit, & crimen incidat, *d. L. f.* Conf. *L. 22. C. Ad L. Cornel. de falsis.*

Atque hinc uxor, marito de adulterio accusato, agens ad divortium, vel revocationem donationis ob ingratitudinem, durante inquisitione non auditur, sed actio civilis suspenditur. Ita, cum in Curia Halberstadiensi quidam denunciaret, violatam esse pacem domesticam, atrocesque injurias illatas quereretur, eoque inquisitionem impetraret, separataque actione ad palinodiam & expensarum restitutionem ageret, suspensa fuit hæc privata actio, donec processus inquisitorius finiretur contendente quippe reo, iniquum fore, duplici processu defatigari, binam probationem ejusdem a se negati facti admitti, probatoque crimine causam civilem, tanquam ex necessaria sequentia, sponte decisam iri, in causa Küsters, contra Feuerstacken, d. 9. Sept. 1709.

Obj. (1) *L. 7. vers. Quod si. C. de Iu publ.* ubi causa civilis præfertur criminali.

Resp. Agitur ibi de causa possessoria, ubi dejectus prius agit de restituenda possessione eaque restituta demum de crimine agitatur quæstio.

Obj. (2) *L. 1. C. de App.*

Resp. Itidem agitur de possessoria causa, quæ præfertur.

Obj. (3) *L. 6. L. 7. §. 1. de Injur. L. 4. ff. de Publ. jud.* ubi causa civilis præjudicat criminali.

Resp. Non ibi quæritur, an actio civilis in cognoscendo præferatur criminali; sed, an ille, qui actionem poenalem privatam instituit, etiam publicam instituere possit, quod negatur; quia idem non potest ad duplicem pœnam, ratione ejusdem delicti agere, quanquam tunc Judici liberum sit ex officio inquirere. Conf. *L. 22. C. Ad L. Corn. de fals.*

LIB. XLVIII. TIT. II.

DE ACCUSATIONIBUS.

Qu. I. *An filiifam. accusare possint?*

Laut. pag. 682 verb. filiusfam.

Negatur, (1) quia filiusfam. non est civis, accusare vero est munus publicum civitatis. (2) Per *L. 37. ff. ad L. Jul. de adult.* ubi tantum

tantum in caſu adulterii propriam uxorem accuſare poteſt, quæ exceptio firmat regulam in caſibus non exceptis, quod clarius innuitur in *L.* 6. §. *p. eod.* ubi in ſola lege Julia de adulteriis filiusf. ab eo, qui ſui juris eſt, non ſeparatur, ibi: *invito patre filium hac lege reum facere poſſe.*

Obj. *L.* 9. *de His, qui ſui &c.* ubi filiusf. in cauſis publicis habetur pro patref.

Resp. Excipiuntur, quæ jure proprio civitatis, ſeu tantum civibus conceſſa ſunt; in iis enim non habetur pro patref. ſed tantum in cauſis publicis civilibus, v. g. ubi de magiſtratu gerendo, de tutore dando &c. agitur.

Obj. Quod tamen publice interſit, hujusmodi accuſationes fieri.

Resp. Ideo etiam unicuique e civibus accuſare permiſſum eſt, ſane intereſt quoque reipublicæ, tutores pupillis dari, nec tamen omnes e civitate dari tutores poſſunt.

Qu. II. *An furioſi accuſari poſſint?*

Negatur. *Vid. ſupr. L.* 47. *tit.* 1. *qu.* 4. *Laut. pag.* 682. verb. *furioſi.*

Qu. III. *An legati accuſari poſſint?*

Affirmatur. *Vid. infra tit. de Legationibus.* *Laut. pag.* 682. verb. *legati.*

Qu. IV. *An reo abſenti ſalvus conductus concedi debeat?*

Affirmatur: *R. I. Worm. de ann.* 1521. *O. Crim. art.* 156. *in fin.* Idque non tantum de *generali* ſalvo conductu verum eſt, cujus effectus hic eſt, quod quolibet die juridico comparere in Judicio, ac inde redire poſſit, de quo late *Carpz. Prax. Crim. P.* 3. *qu.* 112. *n.* 6. *usque ad n.* 20. Sed & de *ſpeciali*, vi cujus citato, præſtita ab ipſo cautione idonea de ſtando juri, usque ad determinationem litis, plena datur ſecuritas, ut per totum tempus litis durantis liceat ipſi in loco judicii commorari, *Carpz. d. qu.* 112. *n.* 20. *ſeq.*

Equidem hæc ſecuritas (1) non niſi reo abſenti & fugitivo, quin & confeſſo ac convicto, ſi innocentiam ſuam poſtea deducere vult, dari debet, *Carpz. d. qu.* 112. *n.* 131. *& ſeq.* Secus ergo, ſi præſens & carceri jam traditus ſit reus, *Carpz. d. l. n.* 42. niſi in levioribus delictis, *ibid. n.* 45. vel ubi ex actis inquiſitionalibus judici apparet, reum non fore culpabilem

pabilem ex eo delicto, *ibid. n.* 52. (2) Non tantum in territorio concedentis, sed & vicinorum effectum habere debet, *Carpz. d. l. n.* 57. (3) Si absque temporis determinatione data est securitas, putant, in arbitrio Judicis esse, eam post primum terminum revocare, *Carpz. d. l. n.* 60. quod bonæ fidei & securitati promissæ contrarium videtur. Hodie plerumque addi solet clausula; bis so lange etwas peinliches wider ihn erkannt.

Qv. V. *An Reus, salvum conductum habens, tempore sententiæ se ipsum sistere debeat?*

AFFIRMATUR, adeo ut non publicetur sententia, nisi reus ipse præsens sit; (1) quia ideo salvo conductui cautio inseritur, ut quoties id Judex desiderat, toties fidejussor eum sistere debeat. (2) Alias sententia sine effectu foret; quia reus, si vel tortura, vel pœna capitis ei dictatur, nunquam reversurus esset. Etsi vero (3) rei juxta *Carpz. Pr. Crim. P.* 3. *quæst.* 112. *n.* 119. urgere soleant ulteriorem defensionem, tamen illa non impedit, quo minus præsens esse debeat; quia si ulterior defensio permittitur, ea in carcere fieri debet, juxta doctrinam *Brunn. Proc. inq. c.* 8. *n.* 22. *Carpz. P.* 3. *qu.* 112. *n.* 65. *junct. qu.* 139. *n.* 42. *& late seq.* Atque ita in Curia Halberstadiensi decretum fuit, in causa Corvini, contra seine Ehefrau, d. 16. Nov. & d. 7. Dec. An. 1706. quod plurimis sententiis postea confirmatum est.

Effectus est (1) quod contra talem absentem procedatur per annotationem bonorum, & Magistratus ejus loci, ubi commoratur, requiri solet, daß er in gefängliche Haft gezogen werden möge, *Carpz. d. l. n.* 138. (2) Si adulter sit, solvi potest matrimonium quoad vinculum, de quo *infra tit. Ad L. Jul. de Adult.* Ita judicatum in dicta causa Corvini, contra seine Ehefrau. (3) Fidejussor cautionem, quam præstitit, solvere tenetur, *Carpz. d. quæst.* 112. *n.* 119. *&* 120. ita judicatum in dicta causa Corvini, contra seine Ehefrau, und deren Caventen, Levi Meyer d. 21. Jul. 1707.

Aliud est, si tale crimen sit, ubi pœna pecuniaria obtinet, tunc non opus est, ut tempore sententiæ reus se sistat, sed publicari sententia etiam absente reo potest, *Brunn. Proc. inqu. c.* 8. *m.* 6. *n.* 6. *Carpz. Prax. Crim. P.* 3. *qu.* 110. *n.* 77. atque ita præsente solo mandatario publicata fuit sententia in causa Windels, contra die zehen Innungen, per decretum, d. 16. Maji 1696.

Si publicata est sententia præsente reo, statim hic carceri tradi potest, nec decendium appellationis, vel petitio ulterioris defensionis eum a carcere liberat;

liberat; licet proceſſus ſit accuſatorius, quicquid diſſentiat *Carpz. P.* 3. *qu.* 112. *num.* 65. *ſeq.* Sane ratio, *quod ſi effugiat, non tantum cautio committatur, ſed & in omnem eventum Judici contra non comparentem vel fugientem iis remediis uti liceat, quibus utendum neceſſario fuiſſet, ſi ab initio, denegata forte ſecuritate, reus ipſemet non comparuiſſet*, mihi non ſufficere videtur; quia ideo cautio præſtatur, ut reus deſideranti Judici ſiſtatur, ne effectu ſententia deſtituatur, uti eluſoria fieret, ſi abſenti tenor ſententiæ innoteſceret.

Qv. VI. *An mortui accuſari poſſint?*

NEGATUR; nam morte tolli crimen quoad pœnam corporalem, certum eſt, *L.* 20. *de Pœn. tot. tit. C. Si reus vel accuſ.* Idem eſt, ſi pecunia ex judicio publico debeatur, *l.* 15. *§.* 3. *Ad SCt. Turpill. L.* 20. *de Accuſ.* Quod late explicatur a B. Parente *in Diſp. de Juſtit. pœn. in abſentes c.* 1. §. 29. *& ſeq.* Sed dubitatum de extraordinariis, quia textus, quibus morte finiri crimen dicitur, in ſpecie de publicis judiciis agunt, *dict. L.* 20. *de Accuſ. L. p. C. Si reus vel accuſ. d. l.* 15. Sed idem ibi obtinet: nam (1) tota ratio quaſi contractus, ex quo defunctus quoque ejusque hæres conveniri poteſt, hic ceſſat; (2) quia extraordinaria ſequuntur naturam ordinariorum, niſi ſpecialis differentia ſit, quæ non alia apparet, quam quod hæc unicuique e populo dentur. Sed & (3) generaliter loquuntur *L.* 6. *de Publ. jud. L.* 3. *C. Si reus vel accuſ.* Atque ita (4) ſentiunt Dd. communiter, *Carpz. P.* 3. *Reſp.* 38. *n.* 18. *ſeq. item Reſp.* 39. *n.* 1. *Gom. Var. Reſ. L.* 3. *Reſ.* 1. *n.* 82. *Chriſt. Vol.* 4. *dec.* 119. *Brunn. ad d. L.* 20. *h. & L.* 1. *num.* 5. *C. Si reus pend.* quicquid diſſentiant *Griv. dec.* 6. *n.* 11. *Tuld. C. Ex del. def. Cacher. dec.* 149. **Laut. Pag. 669. verb. mortui.**

OBST. *L.* 20. *de Accuſ.* ubi accuſatio & publica judicia opponuntur extraordinariis.

RESP. Imo publica ibi opponuntur privatis, non extraordinariis, quæ neque privata ſunt, neque publica.

OBJ. *L. un. C. Ex del. defunct.*

RESP. Agi de privatis, quæ ad hæredes omnino tranſeunt.

Rationem horum omnium dedi ſupra, *tit. de Obl. & act. qu.* 11.

Qv.

Qv. VII. *An, si quis uno facto plura delicta commisit, ex uno accusatus, ratione reliquorum adhuc ab alio accusari possit?*

Laut. pag. 683. verb. licet ex eodem.

AFFIRMATUR: per textum expressum in *L.* 9. *C. de Accus.* ibi: *Si tamen ex eodem facto plurima crimina nascuntur, & de uno crimine in accusationem fuerit deductus, altero non prohibetur ab alio deferri.* Accedit (2) ratio ex *L.* 2. *ff. de Priv. del. nunquam plura delicta concurrentia faciunt, ut ullius impunitas detur, neque enim delictum ob aliud delictum minuit poenam.*

Obj. *l.* 7. §. 5. *de Injur.* ubi is, qui ex eodem facto plures injurias passus est, separatim de iis agere nequit.

Resp. 1. Ibi non sunt plurima crimina, sed idem injuriarum delictum.

Resp. 2. Is, qui injuriam passus est, una saltem actione agere potest apud eundem Judicem, sed si una species injuriarum omissa sit, ideo ab alio omnino accusari reus poterit, *L.* 9. *C. de Accus.*

Obj. *l.* 32. §. 1. *Ad Leg. Aquil.* ubi ille, qui pluribus vulneribus uno impetu aliquem occidit, una saltem actione de occiso tenetur.

Resp. Quia ibi & unum factum, & unum delictum est: nam ex his vulneribus sequitur mors.

Obj. Quod, cum unum saltem factum sit, una quoque pœna unaque delatio sufficere videatur.

Resp. Imo ex eodem facto plura delicta oriri possunt, indeque plures pœnæ, adeoque & plures delationes obtinent.

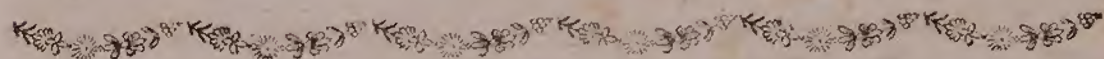
Qv. VIII. *An interrogatoria in criminali processu admittantur?*

Laut. pag. 683. verb. (4) probet.

RESP. Interrogatoria in criminalibus non admitti, probat *Carpz. Proc. crim. P.* 3. *qu.* 114. *n.* 18. 21. *& qu.* 115. *n.* 72. & 73.

Ubi excipit (1) casum, si sit processus accusatorius, *ibid. n.* 24. & (2) si per modum defensionalium reus interrogatoria exhibeat, *ibid. n.* 25. Atque pro illa regula decretum est in Curia Halberstadiensi in causa fisci, contra **den Prediger** Ortlepium, d. 28. Febr. 1707. d. 3. Mart. eod. Verum nunquam mihi ista sententia placuit, & magis æquitati conveniens visum fuit, interrogatoria desideranti denegari non posse. Nam (1) ex interrogatoriis magis elucescunt singulæ circumstantiæ, ideoque introductæ sunt, elidant & avertant probationem: cum ergo in causis civilibus id admitta-

mittatur, nedum in criminalibus, ubi defenſio favorabilior eſt, admitti debet, *Carpz. d. l. n.* 20. Et cum (2) inquiſito liceat eosdem teſtes poſtea denuo pro formanda ſua defenſione producere, *Carpz. d. l. n.* 23. faciliori via & minori ſumtu per modum interrogatorium id fieri poterit. Neque (3) eo proceſſus protrahitur, utpote cum interrogatoria in termino, quo teſtes producuntur, parata eſſe debeant, ut proinde liti moram non faciant. Eamque ſententiam probant (4) *Mev. P.* 2. *dec.* 321. *n.* 9. *Brunn. Proc. Crim. c.* 8. *m.* 2. *n.* 53. *Oldek. dec.* 1. *qu.* 5. Atque (5) inquiſitus per Reſcriptum obtinuit, ut interrogatoria admitterentur in cauſa Fiſci, contra ℜ.



LIB. XLVIII. TIT. III.

DE CUSTODIA RERUM.

Qv. I. *An privatus, aliquem carceri tradens, committat crimen læſæ Majeſtatis?*

Affirmatur: *l.* 1. *C. de Carc. priv.* ibi: *tanquam ipſius majeſtatis violatores ultimo ſubjungandos eſſe ſupplicio.* *Laut. pag.* 684. verb. *non etiam privati &c.*

Obj. *L.* 2. *C. eod.* ubi pœna talionis obtinet contra eum, qui aliquem privato carceri includit.

Resp. Suſpecta eſt illa Conſtitutio: Contius enim epitomen ſaltem Conſtitutionum edidit, non integras Conſtitutiones, ſed & mutata eſt illa Conſtitutio per poſteriorem, quæ in *L.* 1. *C. eod.* exſtat.

Exc. (1) Si quis jus habet corrigendi & emendandi mores, ut pater, maritus &c. *Vid. Dn. Par. Diſp. de Jud. mor.* (2) In caſu neceſſitatis, ut in pignoratione, & ſi metus eſt, ne aufugiat reus &c. tunc enim tamdiu privatim cuſtodiri poteſt, donec Judici commode exhiberi poſſit.

Qv. II. *An carcer ſit poena?*

Negatur; quia tantum cuſtodiæ cauſa carcer adhibetur, *L.* 8. §. 9. *de Poen.* *Laut. pag.* 685. verb. *eſt tamen &c.*

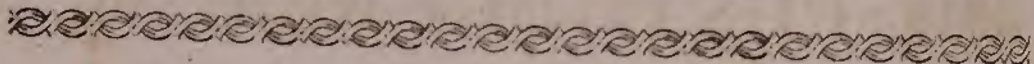
Obj. (1) *L.* 2. *C. de Exact. trib.* ibi: *carcer poenalium eſt;* ubi ſecundum quædam exemplaria legitur, *poenalis eſt.*

Resp. Senſus eſt, quod carcer pro iis ſit introductus, qui pœnam merentur, idque explicatur verbis ſequentibus: *carcer hominum noxiorum* cl.

Obj. (2) *L.* 3. *ff. h.* ibi: *hanc ipſam carceris poenam. L.* 1. *C. de Cuſt. reor.* ibi: *ne poena carceris perimatur. & L.* 2. *eod.* ibi: *poenam carceris ſuſtineat.*

Resp. Eſt omnino quædam poena, quia aliquid mali patitur propter malum actionis. Unde etiam hodie pœna mitigari ſolet, ſi diu ſqualorem carceris ſuſtinuit reus; ſed improprie admodum; quia ideo carceri traditur, ut pœnæ executio in eum fieri poſſit.

Aliquando tamen carcer ut poena ſolet dictari. *Ord. Crim. art.* 157. & 216. Atque huc pertinent *l.* 28. §. 14. *ff. de Poen.* ubi gradus poenatum in cuſtodiis ſervandi dicuntur, *l.* 38. *de injur.* ubi pœna eſt, ſi quis in vincula publica mittitur.



LIB. XLVIII. TIT. IV.

AD L. JUL. MAJESTATIS.

Qu. I. *An etiam advenæ committant crimen laeſæ Majeſtatis?*

Laut. pag. 686. *verb. non etiam advenarum.*

Affirmatur: quia ab omnibus ſubditis committitur, advenæ autem ſiunt ſubditi, quando in alieno ſunt territorio. *Vid. late Dn. Par. in Diſp. de Fund. in territorio jurisd.* Idque (2) apparet ex *L.* 3. *ff. de Off. Praeſ. & L.* 11. *ff. de Cuſt. reor.* ubi Præſes provinciæ etiam in extraneos delinquentes jurisdictionem habet, ut proinde non diſtinguatur, unde ſint delinquentes. Conf. *L.* 7. §. *pen. de Accuſ. Nov.* 8. *c.* 12. Atque hinc (3) Imperator in *L.* 5. *C. h.* ait: *quisquis &c.* quæ vox neminem excludit. Ita (4) ſentit *Alberic. Gent. D.* 5. *ad Leg. Jul. Maj.*

Obj. (1) Crimen hoc non niſi a ſubditis committi.

Resp. Advenæ ſunt ſubditi.

Obj. (2) *Clem.* 2. *de Sent. & re Jud.* ibi: *Imperatori eo modo non ſubſuit, quod in eum crimen laeſae majeſtatis commiſerit.*

Resp. Impia illa eſt conſtitutio, & rebellis, a Pontifice, Jurium Imperialium hoſte acerrimo, promulgata.

Inst. (3) Contra duas poſteriores rationes, quod quidem in eos animadvertatur, non vero tanquam in reos læſæ Majeſtatis.

Resp.

Resp. Animadverti quoque in eos non alia ratione poteſt, quam quia ſubditi ſunt, ex eadem ergo ratione rei quoque læſæ Majeſtatis fieri poſſunt.

Qv. II. *An imperator ſolus de crimine Majeſtatis, a Statu commiſſo, judicare poſſit?*

Negatur; ſed totum Imperium. *Vid. Dn. Par. in Prud. jur. publ. c.* 32. §. 7. Ratio autem non in eo conſiſtit, quod imperator non poſſit eſſe Judex in propria cauſa, de quo ſunt leges ab autore allegatæ, ſed quod Status cum Imperatore in omnibus negotiis imperii, inprimis ratione jurisdictionis concurrant. *Laut. pag.* 687. verb. *ſolus Imperator.*

De modo autem proſcribendi Statum in Comitiis tractatur *P. O. art.* 8. §. 3. *& Dn. Par. d. l. c.* 14. §. 9. *& c. fin.*

LIB. XLVIII. TIT. V.

AD L. JUL. DE ADULTERIIS COERCENDIS.

Qv. I. *An hoc delictum ſit contra Jus Naturae?*

Affirm. Rationes hujus rei dedi *ſupra L.* 23. *tit.* 2. *qu.* 8. *Grot. de J. B. & P. L.* 2. *Cap.* 20. §. 43. *n.* 1.

Qv. II. *An uxor, meretricio more vivens, ex hac Lege teneatur?*

Affirmatur, *l.* 13. §. 2. *h.* ibi: *ſed & in ea uxore poteſt maritus adulterium vindicare, quae vulgaris fuit.* Nam (2) eadem ratio eſt, quia tamen nupta eſt, & violat thorum mariti ſui: neque enim (3) conſuetudo peccandi minuit, ſed auget delictum. *Laut. pag.* 688. *verb. uxor meretricio &c.*

Obj. *L.* 22. ibi: *ſi proſtituta meretricio more vulgo ſe praebuit, adulterii crimen in ea ceſſat, & l.* 29. *C. h.* ibi: *hae autem immunes & judiciaria ſeveritate, & ſtupri, & adulterii, praeſtentur, quas vitae vilitas dignas legum obſervatione non credidit.*

Varie ad hos textus reſpondent Doctores. *Alii* enim dicunt, illos loqui de fœmina, quæ quondam, cum innupta eſſet, vulgaris fuit, *Goth. ad d. L.* 13. ſed male; loquitur enim textus de præſenti commixtione ibi: *nam ſi vidua eſſet, ſtuprum committeretur. Alii,* eos loqui de maſculo adultero, eumque mitius puniri. *Vid. Laut. p.* 688. Verum de adultera ipſa, non de

de masculo ibi agi, ex ipsa inspectione apparet. Rectius igitur dicimus, Jus Digestorum: per Leges Codicis sublatum esse.

Hodie juxta sententiam Lauterb. pronunciari, & fœmina meretrix quidem morte, stuprator vero mitius puniri solet, *H. Pist. Obs.* 32.

Qv. III. *An, & cur adulterium aliter definiatur Jure Civili, aliter Jure Canonico?*

Laut. pag. 688. verb. *& Civ est concubitus.*

RESP. Aliter Jure Civili spectari adulterium, aliter Jure Canonico, certum est: *Jure Civili* enim vitium præcipue consistit in injuria, marito illata, violato ejus thoro, & sic turbata spe prolis, unde dicitur *adulterium* quasi *apud alterum*, quam maritum conceptus partus, *l.* 6. §. 1. *h.* Atque hinc etiam definitur *thori alieni violatio*, thorus autem mariti est.

Effectus est (1) quod cum soluta non committatur, adulterium, *l.* 6. §. 1. *l.* 14. §. 1. *h.* (2) Quod solus maritus, non uxor, de adulterii crimine agat, *L.* 1. *C. h.* ubi Jure mariti dicitur accusare.

Jure Canonico adulterium dicitur quasi *ad alteram accedere*, sive conjugata sit, sive soluta, *C.* 15. *C. XXXII. qu.* 5. adeoque vitium ejus hoc Jure consistit in violatione fidei conjugalis, quæ reciproca est, indeque uterque effectus, antea allegatus, hodie cessat.

Notandum autem est, quod Lex Julia non tantum thori dignitatem & integritatem vindicet ab adulteriis, ac defendendi thori jus det marito, sed & dignitatem matrisf. viduæ vel virginis defendat, & stuprum in eas commissum eadem Lege vindicet, §. 4. *Inst. de Publ. jud. junct. l.* 6. §. 1. *h. L.* 101. *de V. S. l.* 34. §. 1. *h.* Posterior constitutio cessat in fœmina vilissima, tam, quia lupanaria tolerabantur apud Romanos, tum quia nihil, dignitatis est, quod vindicari posset. Conf. *l.* 13. §. 2. *h. arg. l.* 1. §. 1. *de Concub.* Secus in adulterio. *Vid. qu. praeced.*

Hinc jam est, quod Lex Julia vocibus adulterii & stupri promiscue utatur, quia de utroque lata & poena constituta est, & altera pro altera communiter sumitur, licet proprie adulterium de nuptis, stuprum de vidua vel virgine honesta dicatur, *d. L.* 6. *d. L.* 101. *d. L.* 34. *arg. l.* 1. *de Concub.* Atque hæc res multas inter Doctores peperit confusiones, sed posita hac differentia, omnia clara erunt.

Qv. IV. *An concubina adulterium committat?*

NEGATUR, *l.* 1. §. 4. *l.* 3. §. 1. *de Concub.* quia in concubina cessat illa dignitas matrimonialis.

OBJ.

Obj. *L.* 13. *pr. h.*

Resp. Per adulterium ibi intelligitur ſtuprum, quod committitur, ſi nomen matrisfam. non amiſit, ut ibi additur. Conf. *l.* 1. §. 1. *de Concub.* *L.* 34. *pr. h.*

Qu. V. *An etiam extranei accuſare de adulterio poſſint?*

Negatur; *L.* 30. *C. h. t.* *Laut. pag.* 689 verb. *accuſant autem &c.*

Obj. *l.* 4. §. 1. & 2. *L.* 13. *pr. l.* 15. §. 6. *ff. h.* ubi extranei accuſare poſſunt.

Resp. Extranei ibi opponuntur patri & marito, eoque nomine intelliguntur illi, qui in *d. l.* 30. ſpecifice enumerantur, ut fratres, patrui & avunculi.

Qu. VI. *An hodie obtineat poena* Nov. 134?

Negatur. Poena enim dictæ *Nov.* 134. in eo conſiſtebat, quod fœmina adultera, virgis cæſa, monaſterio incluſa fuerit, retinente marito quartam partem bonorum, *Laut. p.* 689 Adulter vero capite plectebatur. At (2) poena hæc rationi contrariatur, quia adulterium majus crimen eſt in foemina, quam in adultero, utpote cum adultera confundat ſemen, partumque ſupponat. Adſtipulatur (3) *O. Carolina art.* 120. ubi Carolus V. provocat ad Conſtitutiones Imperatorum, ſeiner Vorfahren, non ergo ad Legem Juſtiniani. Sed & (4) in *d. O. C. art.* 121. eadem in adulterio poena eſt, quæ bigamiæ. Accedit (5) conformitas poenæ Juris communis, cum ſacra ſcriptura, quæ in dubio norma decidendi eſſe debet. Porro & (6) apud Evangelicos monaſteria non ſunt indeque poena illa cum effectu infligi nequit. Alias rationes vide apud *Zieritz. O. C. art.* 120. Conf. *Goedd. ad L.* 101. *n.* 4. *de V. S. Harpr. ad tit. de Publ. jud.* n. 82. *Bocer. de Adult. c. ſ. n.* 77. *C. J. A. h. th.* 17. *& Dn. Par. Hyp Inſt. tit. de Publ. jud.* §. 3. *ibique late Dd.*

Qu. VII. *Quaenam hodie ſunt poenae adulterii?*

Diſtinguunt Dd. inter *ſimplex* adulterium & *duplicatum*.

SIMPLEX, quod a *marito* cum *ſoluta* committitur, Jure Civili non erat adulterium, ſed ſtuprum; maritus tamen fuſtigatur, & in perpetuum relegatur, hodieque, §. 4. *Inſt. de Publ. jud. Carpz. qu.* 53. *n.* 53. & 56. *ſoluta* vero carcere vel relegatione temporali punitur, *Carpz. d. l. n.* 64. *Laut. pag.* 690. verb. *& hodie pro locorum.*

Exc. Si uxor pro marito intercedat, tunc enim fuſtigatio remittitur, at maritus relegatur, & uxor eum ſequi debet. *Brunn. Parat. h. qu.* 30. Sed

addi tunc plerumque ſolet clauſula: Es wäre denn, daß die Landsobrigkeit die Landsverweiſung in eine Geldbuſſe verwandeln wollte ꝛc. quia durum videtur, uxorem innocentem crimen mariti luere debere. Interceſſio autem hæc fieri videtur, ſi iterum poſtea concumbant, vel innocens moriatur, *Carpz. d. qu.* 55. *n.* 40. *Struv. h.* §. 33. Eaque prodeſt etiam parti invitæ, *Carpz. d. l. n.* 127.

Si ab *uxore* cum *ſoluto* committitur, pœna Jure Civili mors erat, §. 4. *I. de Publ. jud. l.* 30. §. 1. *C. de Adult.* Jure Saxonico & Marchico uxor, uti ante maritus, fuſtigatione cum perpetua relegatione punitur, idemque circa interceſſionem mariti obtinet, quod antea de interceſſione uxoris dictum eſt, *Brunn. d. qu.* 30.

DUPLEX adulterium Jure Divino æque ac Jure Civili utrinque morte puniebatur, *Lev.* 20. *v.* 10. *d.* §. 4. *L.* 30. idque *Ord. Crim. art.* 120. confirmatur, ac pleraque ſtatuta locorum in id conſpirant. De Saxonia id tradit *Carpz. Pr. Crim. qu.* 54. *n.* 17. De Marchia *Brunn. Parat. h. qu.* 28.

At pœna hæc variis ex cauſis olim mitigabatur, hodieque mitigatur: uti (1) Si impotens maritus probatur: (2) Si furioſus ſit; (3) Si deſeruit, *Brunn. ad Weſ. h. q.* 29. *Carpz. q.* 58. *n.* 3. *Struv. h.* §. 25. & 33. (4) Si uxor ſit meretrix, *ſupr. q.* 2. (5) Si conjuges ſeparati ſunt quoad thorum & menſam, *Carpz. d. l. qu.* 61. (6) Si ſaltem ſint ſponſalia contracta, *Carpz. d. l. qu.* 56. *n.* 37. & *q.* 58. *n.* 50. (7) Si quis ignoret, eſſe uxorem alterius, *Laut. pr. h. Carpz d. l. qu.* 61. *n.* 43. (8) Si maritus diu abſuit etiam ex juſta cauſa, *Carpz. d. qu.* 58. *n.* 36. 37. & 38. (9) Si probetur, virum tempore adulterii jam mortuum fuiſſe, etſi adultera ignoraverit, *Carpz. d. qu.* 58. *n.* 41. An (10) remiſſio & intermiſſio mariti hic aliquid operatur? ita putat *Struv. h.* §. 33. & J. Sax. extra Electoratum id verum eſt, ſed petito demum conſenſu Principis, *Carpz. qu.* 55. *n.* 29. 113. & 120. Quod recte improbat *Brunn. h. qu.* 30. *Carpz. qu.* 55. *n.* 109. Brunn. *Proc. inqu. c.* 9. *n.* 36.

Qv. XII. *An maritus lucretur dotem, ſi criminaliter de adulterio agatur?*

Laut. pag. 690. verb. *ſive criminaliter.*

AFFIRMATUR: quia in genere in *l.* 8. §. 5 *C. de Repud.* & *Nov.* 117. *c.* 8. *pr.* & §. 1. dicitur, virum lucrari dotem: nec ibi diſtinguitur, an civiliter, an criminaliter agatur. Accedit ratio, quod iniquum foret, maritum carcere debere lucro dotis propter delictum uxoris, cum illud habuiſſet & percepiſſet, ſi adulterium non commiſiſſet.

OBST. *Nov.* 134. *c.* 10. ubi tunc, cum mulier in monaſterium detruditur, adeoque ubi civiliter agitur, maritus nihil de ſubſtantia adulteræ acquirit, ſed omnia ejus bona vel agnatis, vel monaſterio cedunt.

RESP.

Resp. Non loquitur de dote, ſed de aliis bonis: nam quæſtio ibi ſaltem eſt de ſubſtantia uxoris, dos vero non eſt de ejus ſubſtantia, ſed magis, mariti, ſi, uti hic, ad mulierem non revertitur. Atque ita expreſſe in *d. Nov. c.* 10. *pr.* diſtinguitur dos & donatio propter nuptias a reliqua ſubſtantia: ſane cum, marito adulterium committente, uxor donationem propter nuptias lucretur, *d. c.* 10. *pr.* multo magis maritus dotem lucrabitur. Idque haud obſcure innuunt verba finalia *d. c.* 10. *ut per omnes cauſas viro pacta dotalibus illata inſtrumentis ſerventur.*

Qu. IX. *An adultera etiam amittat bona paraphernalia?*

Negatur, quia maritus tantum lucratur ea, quæ percepturus fuiſſet, ſi matrimonium conſtitiſſet; non autem percepturus fuiſſet; paraphernalia: ſed & Leges ſaltem loquuntur de bonis dotalibus. **Laut. pag. 690 verb. non etiam.**

Obj. *L.* 8. §. 5. *C. de Repud.* ubi paraphernа marito cedit.

Resp. tantum pro tertia parte dotis, &, ſi liberi non ſint, *Nov.* 117. *c.* 1. §. 2. Adeoque regulariter adultera non amittit.

Obj. *C.* 4. *X. de Don. int. conj.* ibi: *vel dotalitium.*

Resp. Vocabulo dotalitii intelligi donationem propter nuptias, non vero paraphernalia, quia hoc dotalitium non incipit, niſi ſoluto matrimonio.

Qu. X. *Quomodo contra adulterum vel adulteram abſentem procedatur?*

Resp. Nomen ad acta refertur, annotantur bona, & ſi reus intra annum non redit, fiſco cedunt, *tot. tit. ff. de Requ. reis. Carpz. Pr. Crim. P.* 3. *qu.* 140. *Brunn. ad L.* 6. *C. de Accuſ. & ad L.* 1. *C. de Requ. reis.* Non vero condemnari ad poenam corporalem poteſt, de quo late *infra lib.* 48. *t.* 17.

Obj. *L.* 13 *C ad L. Jul. de Adult.* ubi actione concepta adultera abſens inter reos refertur.

Resp. Non ad effectum, ut pœna corporalis ſtatui poſſit, ſed ut annotentur, *Brunn. ad d. l.* 13.

Ad condemnationem igitur procedi nequit, (1) ex regula generali in *l.* 1. *l.* 2. *C. de Requ. reis. l.* 5. *ff. de Accuſ.* (2) Quia alius modus procedendi contra abſentem praeſcriptus eſt, *tot. tit. ff. & C. de Requ. reis.* (3) Sine effectu foret condemnatio, cum abſens ſemper innocentiam probare

probare poſſit, *d. l.* 2. (4) Abſens defendi nequit, indefenſus autem nemo condemnatur. Atque ita in contradictorio judicatum in Curia Halberſtadienſi, in cauſa Corvini, contra ſeine Ehe Frau, d. 21. Jul. 1707.

Hodie annotationis annus non adeo obſervatur, *Farinac. L.* 1. *qu.* 11. *n.* 3. 4. & 84. *Brunn. ad L.* 2. *de Requ. reis.* Neque ea fit, ut bona fiſco cedant, ſed, ne aliquid ad reum perveniat, *Brunn. ad L.* 1. *de Requ. reis.* In Saxonia proceſſus banni obtinet. Vid. *Carpz. Pr. Crim. P.* 3. *qu.* 112. *n.* 139. *ſeq.*

Quæſitum aliquando memini: an maritus, rea abſente, ad ſeparationem agere poſſit? Quod merito affirmamus: nam rea non poteſt condemnari quoad effectum poenæ corporalis, *L.* 5. *ff. de Accuſ.* at quoad effectus contumaciæ civiles omnino poteſt, unde bona abſentis in contumaciam fiſco cedunt, *L.* 2. *C. de Requ. reis ibique Brunn.* fidejuſſor ſummam, in quam cavit, ſolvere tenetur. Vid. *ſupr. tit. de Accuſ. qu.* 5. Pari igitur ratione ſeparatio quoque in contumaciam fieri poteſt, quia hic quoque de poena corporali non agitur. Sane iniquiſſimum foret, conjugem innocentem, propter abſentiam rei, proceſſum eludentis, ad ſecunda vota tranſire non poſſe. Nec habet, quod queratur rea, quia ſibi imputare debet, quod litem, ejusque finem, impediat. Atque ita judicatum *in dicta cauſa.*

Qv. XI. *An maritus uxori, quae eum deſerit, vel quam adulterii accuſat, alimenta praeſtare & ſumtus litis ſuppeditare debeat?*

Uxor ſeparationem a thoro & menſa mariti petit, Marito cauſas ab uxore allegatas negante, quæſitum fuit: an durante proceſſu alimenta & ſumtus maritus ſuppeditare uxori debeat?

Affirm. Atque ita judicatum eſt in Curia Halberſtadienſi, in cauſa Schulzin, contra ihren Ehemann, d. 27. Mart. 1708.

Idem quoque obtinet, ſi maritus contra uxorem agat ad diſſolutionem matrimonii ex capite adulterii, ut in eadem Curia judicatum eſt: in cauſa Corvini, contra ſeine Ehe-Frau: Item a Summo Tribunali Berolinenſi in Cauſa von Dilt, contra uxorem.

Qv. XII. *An jus occidendi adulterum etiam avo competat?*

Laut. pag. 690. *verb. non etiam avo.* Neg. (1) quia tantum patri hoc jus tribuitur, *L.* 20. *L.* 21. *pr. L.* 23. *pr. ff. h.* in odioſis vero patris appellatione non comprehenditur avus, *l.* 44. §. 1. & 2. *de Rit. nupt. arg.* §. *f. Inſt. Qui teſt. tut.* ſane quod receptum eſt contra rationem Juris, non producendum ad conſequentiam, *L.* 14. *ff. de Leg.*

Obj.

Obj. *L. 201. de V. S.*

Resp. Regulariter voce patris avus continetur, sed aliud est in odiosis, & eis, quæ contra rationem Juris recepta sunt, uti jam vidimus.

Obj. *L. 19. L. 21. h.* ubi nec pater, nec avus filiam adulteram, quæ non est in eorum potestate, occidere possunt, a contrario igitur, si in eorum potestate est, occidi poterit.

Resp. (1) Regula certa est, tantum patri hoc jus competere, non *alii ex partibus*: adeoque ait JCtus, posse contingere casum, ubi nec patri nec avo competit: non illi, quia ipse est sub potestate; nec huic, quia soli patri competit.

Resp. (2) Argumenta a contrario, inprimis in odiosis, non valent.

Qv. XIII. *An maritus ex iracundia uxorem occidens liberetur in totum, an tantum a poena ordinaria?*

Posterius affirmatur, nam maritus non potest occidere, nisi adulterum, & quidem sub certis solennibus, *L. 24. §. 1. L. 22. §. f. h.* hæc permissio, contra rationem Juris data, non debet extendi, *L. 14. de Leg.* extra ordinem igitur puniri potest, *L. 38. §. 8. h.* ibi: *non utique Legis Corneliæ de Sicariis pœnam excipiet.* ***Laut.* pag. 691. verb. *eam tamen &c.***

Obj. *L. 3. §. 3. Ad SCt. Silan.* ubi ignoscitur ei, qui furore iracundiæ occidit uxorem.

Resp. Ignoscitur ei ratione pœnæ ordinariæ, non ratione pœnæ extraordinariæ.

Qv. XIV. *An privata interfectio absque scrupulo conscientiae fieri possit?*

Affirm. nam cum Magistratui jus illud interficiendi competat, poterit illius executionem patri vel marito mandare. ***Laut. ibid.* verb. *haec absque.***

Obj. quod homo in mortali perimatur peccato.

Resp. Causa est in ipso delinquente, non in eo, qui justitiam exequitur, & jure suo utitur. *Vid. late Grot. l. 2. c. 20. §. 17.*

Qv. XV. *An vi stuprata coronam,* den Jungfern-Crantz, *gerat?*

Neg. quia hæc corona est indicium pudicitiæ corporis, quæ sane illibata non est, *C. 14. C. 32. qu. 5.* ibi: *integritatem pudoris oppressione barbarica perdidere.* ***Laut. ibid.* 961. verb. *non tamen.***

Obj. *Can. 6. C. 32. qu. 5.* ubi virginitas eripi non potest.

Resp. Loquitur de ea, quæ in animo consistit, & salva est etiam in ea, quæ vim passa est.

Qv. XVI. *Ad quidnam stuprator teneatur stupratae?*

Laut. pag. 692. verb. fornicatio.

Vid. *supr. tit. de Agnosc. vel alend. lib. qu. 2.*

Qv. XVII. *Quidnam gradus sint prohibiti, quænam ratio prohibitionis?*

Laut. pag. 692. verb. in gradu prohibito.

De gradibus prohibitis supra egimus *tit. de Ritu Nuptiarum.*

LIB. XLVIII. TIT. VI.

AD L. JULIAM DE VI PUBLICA.

Qv. *Quando videatur fracta pax publica?*

Laut. pag. 693. verb. Quæ incidit in crimen.

Resp. Quando quis vi publica, coadunatis armatisque hominibus, animo juris sui vi propria vindicandi, vel illatæ injuriæ ulciscendæ, alium invadit, *Dn. Par. Prud. Jur. publ. c.* 32. §. 11.

Ex hac causa agitur immediate in Camera, etsi reus sit mediatus, ibid. Pœna hujus delicti est proscriptio, sive bannum, quod est (α) simplex; vel iteratum; (β) delicti, vel contumaciæ, de quibus *d. c.* 32. §. 12.

Eadem pœna obtinet in causa fractæ pacis religiosæ, *d. c.* 32. §. 13. etiam contra proprium Magistratum, *ibid.* §. 14.

LIB. XLVIII. TIT. VIII.

AD L. CORNELIAM DE SICARIIS.

Qv. I. *An animo vulnerandi aliquem occidens hac Lege teneatur?*

Laut. pag. 695. verb. si quis instrumento.

Affirm. modo mors ex vulnere sequatur, *Laut. h. p.* 695. Nam qui aliquid facit, unde scit, mortem sequi posse, ex omni causa tenetur: certum enim est, vulnera ad mensuram non dari. Unde nervose in *L.* 1. §. 3. *h.* dicitur: voluntatem occidendi *ex re* colligi, i. e. ex instrumentis, quibus utitur, ita enim Basilici explicant illum locum, *animus ex instrumento percussoris demonstratur*; nam si gladium strinxerit, eoque percusserit, indubitate occidendi animo id eum admisisse censet Hadrianus *d. L.* 1. §. 3. Conf. *Carpz. Pract. Crim. Part.* 1. *qu.* 1. *n.* 25. 28. & 55. *seq. Matth. de Crim. L.* 48. *ff. tit.* 5. *c.* 3. *n.* 4.

Qv. II.

Qu. II. *Si plures unum interfecerint in turba, quid juris?*

Resp. Vel omnes *lethaliter* vulnerarunt, & omnes tenentur pœna ordinaria Legis Corneliæ, *L.* 54. *ad L. Aquil.* vel omnes vulnerarunt, sed non lethaliter, tunc omnes tenentur de vulnerato, etsi unum vulnus sit lethale; & sic omnes extra ordinem puniuntur, *arg. l.* 11. §. 2. *ad L. Aqu. Carpz. Prax. Crim. qu.* 25. *Laut. pag.* 695. *verb. si plures unum.*

Qu. III. *An pœna ordinaria locum habeat contra propinantem venenum, etsi non appareat, eum animo occidendi id fecisse?*

Negat *Lauterb. h. p.* 696. Sed affirmativa verior videtur, per *L.* 38. §. 5. *de Pœn.* ubi propinans venenum, ex quo homo moritur, punitur morte, etsi dolo id non fecerit, quia est res mali exempli. *Laut. pag.* 696. *verb. modo constet.*

Obst. *L.* 3. §. 2. *h.* ibi: *hominis necandi causa.*

Resp. Ex omni veneno noxio homo necari potest.

Obst. *d. l.* 3. §. 2. ubi fœmina, quæ non quidem malo animo, sed malo exemplo fœcunditatis poculum ac conceptionis medicamentum dedit, relegatione tantum punitur.

Resp. Loquitur ibi de medicamento dato in finem licitum, scil. conceptionis, ubi intentio bona est, sed res mali exempli: hoc factum non potest ordinaria pœna castigari; at ubi noxia medicamenta dantur, ibi & intentio mala, & res mali exempli est.

Qu. IV. *An ex hac Lege teneatur, qui mandat, aliquem vulnerari gladio, expresse autem prohibeat occidi?*

Affirmatur: nam (1) qui ipse animo saltem vulnerandi occidit, tenetur de occiso; *vid. supr. qu.* 1. Eadem autem, quin major ratio est, si per alium id facit; quia minus confidere potest in aliena cautione, quam in sua. (2) Sane qui operam dat rei illicitæ, uti qui vulnus mandat, tenetur de toto eventu; & ad omnia, quæ ex illo mandato sequi possunt, *L.* 3. *L.* 8. §. 5. *de Pœn. L.* 16. §. 8. *eod.* Certum enim (3) est, vulnera ad mensuram non dari, nec mortem præcise caveri posse. Unde (4) in *L.* 4. *pr. h.* nihil interesse dicitur, occiderit quis, an causam mortis dederit. Atque ita (5) rem decidunt *Matthaei de Crim. p. m.* 544. *Wissenb. ad Inst. Disp.* 37. n. 18. *Harpr. & Frantzk. apud Laut. h. p.* 697. *Laut. pag.* 697. *verb. idem est.*

Obst. *L.* 10. *C. de Procur.* ubi procurator ad unam ſpeciem conſtitutus, non poteſt obligare dominum, ſi excedit mandatum.

Resp. Verum eſt in re licita, & ſi fines ſervare ſit in ejus poteſtate, ſed & non ſunt exceſſi fines, quia læſio & occiſio non poſſunt ſeparari; uno ergo mandato, alterum neceſſario mandatum videtur.

Obst. *L.* 7. *h.* ubi culpa non venit.

Resp. Non eſt culpa, ſed dolus, mandare actum, quem ſequi poteſt homicidium, ut mandatarius impedire id nequeat.

Jure Canonico pœna extraordinaria obtinet. *Cap. fin. de Homic. in.* 6.

Qu. V. *An nudum conſilium, ſi mors illud ſequatur, originariae pœnae locum faciat?*

Laut. pag. 697. verb. *nudum conſilium.*

Negatur: nam (1) non eſt cauſa homicidii, quia æque ſecuturum fuiſſet. (2) Conſilium in Jure nunquam habetur pro mandato, *L.* 10. §. 7. *Mand. L.* 2. §. *f. eod. L.* 1. §. 14. *Depoſ.*

Obst. *L.* 15. *ff. h.* ubi nihil intereſſe dicitur, an quis occidat, an cauſam præbeat.

Resp. Non eſt cauſa, ſi alter æque facturus fuiſſet.

Obst. Quod alios ſuadendo juviſſe, inſtar ſceleris ſit, *L.* 16. *pr. de Pœn.*

Resp. Eſt omnino inſtar ſceleris, & puniri quoque poteſt, ſed non ex Lege Cornelia.

Obst. Quod in furto tamen teneatur is, qui opem tulit, & conſilium dedit, §. 11. *Inſt. de Obl. quæ ex del. L.* 54. §. 4. *de Furt.*

Resp. Si opem tulit, tunc & fur, & homicida eſt, ſed tunc non eſt nudum conſilium.

Adeoque aliud eſt, ſi non nudum conſilium det, ſed ſpeciale, cum aliqua demonſtratione; tunc enim eſt ſocius criminis. *Vid. Dn. Par. Diſp. de Soc. crim. Sect.* 2. §. *fin.* & exemplum de incendiaria, refertur *ibid.*

Qu. VI. *An detur veneficium, per pactum cum diabolo initum?*

Laut. pag. 698. verb. *ejusmodi.*

Equidem vix eſt, ut credamus, vera ejusmodi pacta contrahi; ſane ex plerisque exemplis hactenus apparuit, nugas venditari & umbram.

Si tamen apparet, aliquem eo ſceleris perveniſſe, ut tale pactum ex ſua parte perficiat, hoc ipſo delinquit; licet enim illuſio ſit, tamen putat, ſe paciſci, & vult, adeoque revera Deo abnegat, indeque verum læſæ Majeſtatis Divinæ crimen committit.

Qu. VII.

Qv. VII. *An hodie indifferenter omnis incendiarius, ſive in urbe, ſive extra urbem, concremetur?*

NEGATUR; ſed rectius hodieque diſtinguitur inter incendium, *urbe factum*, ubi pœna ignis obtinet, *L.* 9. *de Incend. ruin.* & *extra urbem*, ubi deportatio, *L. f. de Incend.* *Laut. pag.* 698. verb. *hodie incendiarii &c.*

OBST. *Art.* 25. *Ord. Crim.* ubi hæc diſtinctio non habetur.

RESP. Statutaria Jura explicantur & ſupplentur ex Jure Communi, & Leges iſtæ novæ ſemper intelliguntur ſalvis exceptionibus Juris Communis, maxime in poenalibus tanti præjudicii, *Laut. Comp. p.* 1.

Quanquam uſu plurimorum locorum, & in ipſa quoque Viadrina Facultate, contrarium receptum ſit. *Vid. Laut. p.* 698. *ibique Dd.*

Qv. VIII. *An quis obligetur ex incendio, culpa leviſſima dato?*

NEG. ſi in rebus, quæ incendio pereunt, ſaltem *levis vel lata* culpa præſtatur; quia tunc culpa leviſſima pro caſu eſt, qui nocet rei domino. At ſi *leviſſimam* quoque in illis rebus quis præſtat culpam, tenetur reſtituere damnum; quia culpa ejus non debet tertio eſſe damnoſa. *Laut. pag.* 699. verb. *leviſſima.*

OBST. *L.* 44. *ad L. Aquil.* ubi in Lege Aquilia quis tenetur ad damni, leviſſima quoque culpa dati, reſtitutionem.

RESP. Quia in L. Aquilia ex natura negotii ſemper leviſſima culpa præſtatur: cujus rei rationem vidimus *ſupr. tit. de L. Aquil. qu.* 3.



LIB. XLVIII. TIT. IX.

DE L. POMPEJA DE PARICIDIIS.

Qv. *An pœna hujus Legis etiam obtineat inter affines collaterales?*

NEG. *L.* 1. *L.* 3. *L.* 4. *h.* Sane crimen hoc non committitur ultra quartum gradum cognationis; nec ullibi mentio fit affinum, niſi lineæ rectæ. Idque hodie multo magis obſervari debet, ubi poena gravior eſt. *Laut. pag.* 700. verb. *& collaterales.*



LIB. XLVIII. TIT. X.

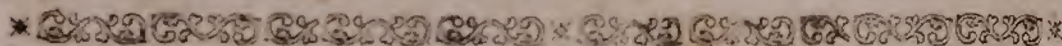
DE L. CORNELIA DE FALSIS ET SENATUSCONSULTO LIBONIANO.

Qv. *An error excuſet a pœna falſi?* *Laut. pag.* 700. verb. *& dolus malus &c.*

AFFIRM. quia præciſe requiritur, ut dolo malo falſum fiat, *L.* 1. *pr. L.* 2. *ff.*

ff. *L.* 30. *C. h.* Unde ignoſcitùr ei, qui per errorem falſum inſtrumentum protulit, *L.* 3. *h.* uti ſi in hæreditate illud invenerit, *L.* 1. §. 12. *eod.*

Atque hic error præſumitur, *d. l.* 31. *h.* ibi: *quod plerumque evenit.* Unde Judex, qui in protocollo errorem committit, non ſtatim tenetur falſi; forte enim vel non recte audivit, vel ſenſum loquentis non recte aſſecutus eſt: juramento igitur ſe purgare tenetur, non ex Lege Cornelia puniri. Dolus enim manifeſtiſſime probandus eſt, *L.* 6. *C. de Dol. mal. L.* 18. §. 1. *de Prob.*



LIB. XLVIII. TIT. XIII.

AD L. JUL. PECULATUS, ET DE SACRILEGIIS, ET DE RESIDUIS.

Qv. I. *An crimen peculatus obtineat in rebus mobilibus ipſius reipublicae, an etiam in rebus civitatum?*

Laut. Pag. 703. verb. *quod Trajanum.*

AFFIRM. *L.* 4. *in f. h.* ibi: *ſi de re civitatis aliquid ſubripiatur &c. peculatus crimen committi, & hoc jure utimur.*

Obst. *L.* 81. *de Furt.* ubi directo contrarium dicitur, ſcil. ſubripientem non ex crimine peculatus, ſed actione furti teneri.

Resp. Initio Lex Julia tantum de re reipublicæ diſponebat, & de eo tempore loquitur Papinianus *d. l.* 81. Sed poſtea Hadrianus extendit illud crimen etiam ad res civitatis, *d. l.* 4. *in f. h.*

Qv. II. *An ſacrilegium committatur, ſi pecunia privata ſurripitur ex loco ſacro?*

Laut. pag. 703. verb. *non etiam.*

AFFIRM. *L.* 16. §. 4. *de Pœn.* ibi: *locus facit, ut idem vel furtum, vel ſacrilegium ſit.*

Obst. *L.* 5. *h. t.* ubi res privatorum depoſitæ in loco ſacro, & ſurreptæ non vindicantur tanquam ſacrilegium, ſed tanquam furtum.

Resp. Exceptionem hic eſſe in rebus depoſitis, nam cum in his eccleſia nullum jus habeat, & eccleſiæ nihil auferatur, non poteſt ſacrilegium dici. Vid. *Cuj.* 13. *O.* 19.

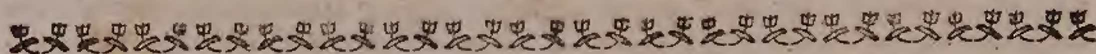
Qv. II.

Qv. III. *Quaenam ſit pœna reſidui?*

Resp. Jure civili eſt pœna infamiæ. *L. 7. de Publ. jud.* & tertia pars ejus pecuniæ fiſco debetur, *L. 4. §. 5. h.* *Laut. pag. 704 verb. poena hujus &c.*

Hodie gravior obtinet. In *Marchia* an. 1683. d. 22. Jan. Edicto publico cautum eſt, ut ſi infra 50. thaleros reſidua ſunt, ultra ſimplum reſtituat duplum intra ſex ſeptimanas, a tempore, quo convictus eſt, aut relegetur ad ſex annos: ſi partem reſtituit, pro rata imminuitur tempus pœnæ.

Si ultra 50. usque ad 100. reſidua ſint, facta reſtitutione tripli, ut dictum, ad operas publicas per tres annos condemnatur; Si ultra 200. non facta reſtitutione tripli, ut ante, pœna gladii. In *Saxonia*, ſi ſummam 100. florenorum dolo ſubtraxit, ſuſpendio punitur, *Conſt. Elect. P. 4. c. 41. Carzp. P. 2. qu. 85. per tot.* niſi ſurreptam reſtituat. Vid. *Dn. Berg. Reſol. Leg. h. pag. 731. Add. Phil. Uſ. Pr. Inſt. L. 4. Ecl. 96. n. 7.*



LIB. XLVIII. TIT. XVI.

AD SCTUM TURPILIANUM, ET DE ABOLITIONE CRIMINUM.

Qv. I. *An tranſigens de crimine incidat in SCtum Turpilianum?*

Negatur. Vid. *ſupr. L. 2. tit. 15. qu. 8.*

Qv. II. *Quomodo differant aggratiatio ſeu abolitio Principis, & reſtitutio reorum ex gratia?*

Resp. *Abolitio* dicitur, cum ipſum crimen ante ſententiam vel confeſſionem aboletur, *tot. tit. C. de Abol. gener. Reſtitutio gratiæ* vero fit, ſi quis ſententiam paſſus, vel confeſſione propria convictus fuit, *tot. tit. ff. & C. de Sentent. paſſ. & reſtitutis. Illa* totum tollit proceſſum, pœna omnis remittitur, ac mutatio ſtatus impeditur, (niſi tertio interim jus quæſitum ſit, quod Princeps abolitione ſua auferre nequit. Vid. *infr. L. 48. tit. 23. qu. 1.*) *Hæc* non reſcindit actus præteritos, ſed valet tantum a tempore reſtitutionis, & effectum ſaltem habet ratione futuri, *d. q. 1. Illa* omnia in eodem ſtatu relinquit, ac nihil mutat; *Hæc* nova eſt gratia, unde, ſi in Collegio fuit, & reſtituitur, ultimum locum occupat &c. *d. q. 1.* *Laut. pag. 706 verb. aggratiatio &c.*

LIB.

LIB. XLVIII. TIT. XVII.

DE REQUIRENDIS VEL ABSENTIBUS DAMNANDIS.

Qv. I. *An & quomodo contra reos abſentes procedi poſſit?*

V*id. ſupr. tit. de Accuſ. qu.* 4. *&* 5. *& tit. Ad. L. Jul. de adult. qu.* 10'
De proceſſu contra reum abſentem inſeri merentur, quæ diſſerit B. Parens *in Diſp. de Poenis in abſentes c.* 1. §. 5. *& ſeq. usque ad* §. 29. *& C.* 2. *per tot.* verba hæc ſunt: Supereſt igitur, An & in Judicio criminali, quo pœna ſanguinis, vel corporis afflictiva ſtatuta eſt, adverſus abſentes ipſa cauſa principalis peragi, & in ipſius criminis pœnam corporalem damnari illi poſſint? Id vero plane negatur. Quod inprimis conſtanter ſatis defenſum eſt jure communi, per *l.* 5. *princ. ff. de Poen.* ubi evidenter omnia, quæ compendio diximus ita deciduntur; & contra abſentes in cauſa contumaciæ quidem procedendum, in cauſa principali autem eos damnandos non eſſe traditur, niſi poena relegationem non excedat, adeoque non ſit corporis afflictiva, ſeu ſimilis. Quod & ſtatuitur in *l.* 1. *princ. &* §. 1. *ff. de requir. vel abſ. l.* 6. *C. de Accuſ.*

His ergo judiciis, quibus de pœnis corporalibus agitur, non procedendum eſt contra abſentes in ipſa cauſa principali *Dd. l.* 5. Quid ergo fit? Citantur abſentes publicis Edictis: interim vero bona ipſorum auctoritate judiciali annotantur, caveturque, ne abſentia, vel fuga inde inſtruatur, aut juvetur: *d. tit.* §. 2. *l. fin. ff. de Requir. vel abſ. d. l.* 6. *C. de Accuſ. l. pen.* §. 1. *ff. eod. tit.* qui ordo procedendi & annotandi bona præſcriptus quoque eſt in *Ord. Crim. art.* 260. Quod jam non moramur. In ipſa igitur cauſa principali non cognoſcatur. *Dd. ll.*

Quæ & cauſa eſt, cur Procurator abſentis intervenire in cauſa principali nequeat, uti & hoc perpetuo jure definitum eſt; *l. pen.* §. 1. *ff. de publ. jud. l.* 11. §. 2. *ff. Ad L. Jul. de Adult. &c.* Quin regula illa generalis eſt: Quoties abſens damnari non poteſt, nec procuratorem pro eo intervenire poſſe: quæ traditur in *l.* 33. §. 2. *ff. de Procurat.* Cur enim judicium & procurator admitteretur, ubi condemnatio ſequi nequit? Immo eo facto, rei conditio, interveniente procuratore, fieret deterior. Cauſa enim cognita, etiam ſententia ferenda erit, & ſic condemnari poſſet reus, qui procuratore remoto non poteſt: id quod pugnat cum rationibus procura-

curatoris, cujus eſt defendere cauſam, non damnandi facultatem dare, quæ alias non competeret.

Denique, quoties de corporis pœna quæſtio eſt, id non eſt in poteſtate rei, neque adeo is præjudicium corpori ſuo, procuratorem dando, afferre poteſt; cum membrorum ſuorum Dominus nemo ſit. *l. 13. princ. ff. Ad Leg. Aquil.* Unde conſtanter tenendum eſt; dum hominibus hactenus proſpectum ſit, ne abſentes ad ſupplicia pœnasque corporales damnentur, non poſſe ipſos procuratorem in ea cauſa dare: quia de eo, quod pro ſecuritate ſanguinis humani cautum eſt, homines diſponere nequeunt.

Quæ non modo legibus civilibus ita ſalubriter conſtituta ſunt, ſed & naturæ rationibus conveniunt. Etenim (1) non poteſt per naturam aliquid in corpus actu ſtatui, quod præſens & in poteſtate non eſt. Naturali itaque ratione, nulla pœnæ corporalis executio in abſentes fieri poteſt; adeoque nec talis pœnæ ſtatuendæ cauſa judicium inſtitui. Quo enim bonum eſſet judicium exerceri, quod exitum habiturum non eſſet? *arg. L. 10. §. 4. ff. de Bon. poſſ. cont. tab.*

(II.) In tanto ſupplicio, ac præjudicio corporis, vitæ & famæ, nemo condemnandus eſt, niſi pleniſſime convictus. *l. fin. C. de probat.* Etenim adeo ſacroſanctus Deo eſt ſanguis humanus, ut illum ab omnibus hominibus, quin & brutis & beſtiis quoque ſe vindicaturum, & repoſciturum coram Noachidis teſtatus fuerit, *Gen. 9. v. 5.* Nullum igitur tam ſacrum natura nefas eſt, quam homicidium, quod nec in beſtias inultum fore ipſa Divina Nemeſis in conſpectu generis humani comminata fuit. Unde in caſibus quibus ipſa natura, ſummusque adeo rerum arbiter, fundi ſanguinem humanum permiſit, religioſe diſpiciendum eſt, an caſus ille extiterit, quo quid morte dignum factum fuerit. Quoad usque igitur illud adhuc dubium videri qualitercunque poſſet, nondum jus pœnæ Natura permiſſum natumve eſt. Non videtur autem pleniſſime convictus, qui ne quidem auditus eſt, præſens: etſi enim idonei teſtes, factum eſſe, aſſeruerint, neſcitur tamen, anne reus præſens allegare talia poſſet, quæ ſi non declinandæ aut avertendæ poenæ, at minuendæ ac moderandæ forte conducerent; & quibus adeo, ſi non a poena reus abſolvi poſſet, at a ſanguine temperandum eſſet.

(III.) Huic itaque caſui recte quoque applicatur aurea illa ſententia in *l. 5. pr. ff. de Pœn. Satius eſſe, impunitum relinqui facinus nocentis, quam innocentem damnare.* Etenim, etſi nocens dimittatur, non effugiet ille vin-

dictam ac poenam, quia ſemper adhuc, apparente quandocunque delicto, ad poenam trahi poteſt, vel, ſi non poſſit, aut crimen inter homines nunquam appareat, non latebit illud omnia pervidentem Dei oculum, nec fugiet certiſſimum ejus judicium. Verum poena corpori inſontis ſemel illata, per naturam non poteſt ullatenus reparari, aut unquam reſtitui, ſed æterna perſtabit fuſi humani ſanguinis injuria ac vindicta. Quodſi igitur de crimine pleniſſime non conſtet, ſatius eſt differri poenam, quam inferri, quæ illata, nunquam reparari; dilata, ſemper adhuc inferri poteſt.

(IV.) Nec dubium eſt, multo plenius de cauſa conſtare poſſe reo præſente, quam abſente, etſi procuratorem habeat: cum procurator non poſſit omnes facti circumſtantias æque perſpectas atque in numerato habere, ut reus ipſe, qui fecit. Sed nec prævideri omnia poſſunt, quæ in judicio occurſura ſunt, aut quorum maxime rationem habiturus ſit judex, neque adeo inſtrui in omnes eventus procurator, cum ipſum e contrario reum, facti autorem, nihil ejus prætereat. Hinc nec poteſt Judex quoque perinde ex procuratore informari, uti ex reo ipſo; minusque adeo tutum eſt, hunc abſentem & inauditum condemnari.

(V.) Sed & fruſtra exſpectaretur procurator, ſi abſens eum vel dare, vel inſtruere nollet; cum tutus hactenus abſentia, dato procuratore cauſam ipſam ſubmitteret Judicio, & hoc facto eum deteriorem a ſua parte redderet. Non poſſet autem procurator, niſi ſufficienter informatus, cauſam tueri: nec reus tamen abſens, de negando mandatum dare procuratori, eumque inſtruere, ſibi in cauſa corporis ac ſanguinis præjudicium creare, nec quicquam adeo ſupereſſet, quam ut contra reum abſentem, & comparere detrectantem, in cauſa contumaciæ procedatur.

(VI.) Etſi igitur reus inſons non fuerit, nec poenam delicto graviorem tulerit, id tamen a cauſa eſt, non a judicio: perinde ac, ſi plane inauditum ad ſolam accuſationem Judex damnaſſet, & reus tamen inveniretur ſupplicium ſatis promeruiſſe, tamen injuria condemnaret. Quod Seneca *in Medea v.* 199. ſic expreſſit. *Qui ſtatuit aliquid parte inaudita altera; æquum licet ſtatuerit, haut, haut æquus fuit.* Ita improbat Trogus Judicium Carthaginenſum, qui Ducem ſunt Hamilcarem, metu Imperii ipſius, tacitis ſuffragiis condemnaverant, quanquam enim cauſam ex ſociis civitatibus audiviſſent, & examiniſſent, ac ſuffragia collegiſſent, verumque fuiſſet crimen Hamilcaris; tamen dicitur quod ſui cum cives per injuriam inauditum damnaverint, *apud Juſt. Hiſt. lib.* 22. *cap.* 3.

(VII.)

(VII.) Unde talis reus inauditus dicitur, etsi causa ipsius ex aliis audita & cognita fuerit, uti ex loco modo allegato apparet, ubi causa Hamilcaris cognita erat, sed non ipso præsente: idemque in *l.* 1. *princ. ff. de Requir. vel abs.* dicitur; *Ne absentes damnentur: neque enim inaudita causa quenquam damnari aequitatis ratio patitur.* Cujus generis alia innumera afferri possent, ut appareret id communi judicio Gentium comprobatum esse. In causa Coriolani, res publice in Senatu acta erat, & manifesta; causa ipsa agebatur inter populum & Patres absente Coriolano; Sicinius Trib. Pleb. eum condemnaverat. Verum Senatus opposuit, neminem indicta causa esse condemnandum. Unde non valuit sententia, sed alia dies Coriolano dicta, eoque præsente causa ventilata & damnatio secuta fuit. *Plutarch. in Coriol. c.* 27. *& seqq. Liv.* 1. *c.* 2. 35. Cum instinctu Clericorum ageretur in Gallia de excludendo Henrico Burbonio, Navar. Rege, qui primus Regii sanguinis princeps erat, a Regno Galliæ, eo, quod cum Ecclesia Romana non sentiret, & ideo illi perpetuo suo errore Hæreticum dicerent, licet ille ad normam 4. Catholicorum conciliorum, adeoque Ecclesiæ Catholicæ, crederet, jamque plurima ea de re acta essent, noluit Henricus III. eum ante damnari, quam præsens auditus esset, & allegata sunt, in eam rem, plurima momenta e sacris. & profanis, *apud Pierre Matthieu Hist. gener. t.* 1. *ad ann.* 1488. *p.* 330. *& seq.*

(VIII.) Atque hinc occasio postea plerumque nata fuit, improbandi & execrandi talia judicia, etsi reus merito suo damnatus punitusque fuerit. Rex Poenorum Bomilcar, cum Poeni bello ab Agathocle victi essent, insimulatus a Populo fuit, favisse hosti; qui in ipso supplicio ipsis objectat nunc Hannonem, falsa affectati Regni invidia circumventum; nunc in Hamilcarem, patruum suum, tacita suffragia, quod Agathoclem socium illis facere, quam hostem maluerit &c. *Just. lib.* 22. *c.* 7. Utriusque Hannonis & Hamilcaris crimina vera; & neutiquam illos insontes fuisse refert, *Just. lib.* 21. *c.* 4. *& lib.* 22. *c.* 3. Sed, quod præsentes auditi, & ordine causa acta non fuerat, invehitur Bomilcar ita in populum: *Atque ita deinde numquam illi pro convictis habentur, sed semper deprehendendi rejiciendique judici, licet quam maxime rei meriti fuerint, species haut vana quaeritur, aut occasio captatur.*

(IX.) Porro, idem Canones quoque, quin ipsæ sacræ litteræ præcipiunt, ne ex prædictis causis absentes damnentur. Id pluribus traditur *in Clem. Pastoralis.* 2. *de sent. & re jud.* & sæpius inculcatur, in *c.* 1. *& pass. caus.* 3. *qu.* 9. Ubi nec accusatorem, nec testem in absentes admitti conceditur, sed omnia, quæ in eos acta sunt, irrita esse & cassari jubentur, atque

atque ad autoritatem ſacrarum litterarum provocatur; uti in *c.* 13. *eod. qu.* 9. *Abſens nemo judicetur, quia & divinæ & humanae leges id prohibent.* Et in *c. ult. ibid. Neceſſe eſt ſecundum ſacrarum ſcripturarum documenta, ac ſecundum juſtitiæ tramitem & accuſatum & accuſatorem ſimul adeſſe &c.* Quæ ſacra autoritas deſumitur ab exemplo ſummo, *Gen.* 3. *& Actor.* 25. *v.* 16. *&c.* Licet vero prædicta loca de accuſationibus in genere agant, ſatis tamen apparet, agi de criminibus enormioribus, quibus corporis ſaltem poena impingitur: omnes enim omnino leges interpretationem capiunt ex jure communi.

(X.) Haut leve quoque præſentiæ rei momentum habetur, quod ex ipſius voce, vultu, habitu, aliisque indiciis, plurimum inſtrui Judex poſſit: prout illud depingitur in *l.* 10. §. *pen. ff. de Poen.* his verbis; *Plurimum quoque in excutienda veritate etiam vox ipſa & cognitionis ſubtilis diligentia affert: nam & ex ſermone, & qua quis conſtantia, qua trepidatione quid diceret; quaedam ad illuminandam veritatem in lucem emergunt.* Ea igitur in tantis pœnis, quæ in ipſum hominis corpus ſtatuuntur, negligere & præmittere integrum non eſt.

(XI.) Fatendum itaque omnino eſt, ſtatuendo ita in abſentes pœnas corporales, aut ſanguinis, excedi modum humanum. Magiſtratui enim humano, a ſummo rerum arbitrio, commiſſum eſt munus exequendi jura adverſus eorum transgreſſores, ſed intra fines facultatis humanæ. Cætera ergo, ſi res modum eum excedat, ſibi vindicanda reſervavit. Functus itaque eſt Magiſtratus officio ſibi divinitus commiſſo, ſi ea fecerit, quæ ſuæ Poteſtatis ſunt, cætera ſummum Numen curæ ſuæ eſſe voluit. Hinc reo abſente Judicis humani partes ſunt, omnem adhibere operam, ut reus ſui copiam faciat, requiſitionibus, edictis citationibus &c. Quodſi igitur in poteſtatem redigere eum nequeat, partibus ipſe ſuis functus, & tuta conſcientia, Deique adeo ſuccedaneum Judicium eſt. Sic ſimiliter, ſi propter abſentiam rei convinci ille pleniſſime nequeat, nec tutum nec juſtum eſt, eum condemnare, ſatiusque dimittere, ex *d. l.* 5. *princ. ff. de poen.*

Nec *dices*: ſic impunita crimina facile relinqui. Etenim id per judicem, ſi ille in contumaciam, ita, ut dictum, rite proceſſerit, non ſtetit; Ubi ergo res excedit modum & facultatem humani judicii, reſervata illa eſt divino. Judex humanus vices ſuas explevit, ſuis Deus O. M. non deerit; Quodſi igitur verum crimen, reusque nocens eſt, etſi homines reus celare poſſit, non tamen ſummi Arbitri ille fruſtrabitur judicium, & nec ejus fallet ſcientiam, nec effugiet Nemeſin.

Qua

Qua ratione videtur, quæſtiones quoque probandas non eſſe; nec judicem, ſi de crimine plane non liqueat, ad vim corpori inferendam progredi poſſe, ſed ea re modum ſuum excedere: quemadmodum plurimis quoque quæſtiones illæ diſplicent. Etenim, cum confeſſiones vi extortæ, nec in cauſa civili quicquam operentur, nullumque, vel in minimo præjudicium afferant, mirum videtur illas admitti in cauſa ſanguinis humani, &, cum vis omnis confeſſionum arbitrium excludat, vim tamen tam atrocem eas non vitiare; ſed ſtari confeſſioni fidiculis, aliaque vi atroci, extortæ. Et ſane, nec in ſacris literis, nec apud Hebræos veteres, nec apud antiquiſſimas Gentes memoriæ traditum eſt, talem quæſtionum uſum fuiſſe, ut, licet de crimine non conſtaret, homines tamen ex confeſſione ſua exquiſitiſſimis cruciatibus expreſſa, ad mortem damnari poſſint, cum nec convicti, nec ſponte confeſſi, ſed per carnificem expugnati ſint, metusque repetendæ torturæ inficiandi licentiam præcludat.

Cœpiſſe vero maxime uſus quæſtionum videtur a Græcis & Romanis: quanquam nec apud Romanos, & Jure communi promiſcue admiſſæ, nec remedium ordinarium veritatis in criminibus adſtruendæ fuiſſe videantur, ſed in ſervis, in vilibus perſonis, & in crimine læſæ Majeſtatis potiſſimum uſus earum apparuit. *arg. l.* 1. §. 1. §. 4. *& ſeq. l.* 8. *& paſſ. ff. de Quaeſt. l.* 3. *l.* 4. *C. Ad L. Jul. Maj. l.* 17. *C. de Quaeſt.*

Ceterum crevit cum criminum audacia ac inficiandi impudentia quæſtionum neceſſitas: ita, ut communi Gentium uſu receptæ fuerint. Invaleſcente quippe hominum malitia, ac graſſante ſcelerum licentia, ex adverſo & pœnarum ſupplicia, & inquirendi remedia quoque acui & exaſperari debuerunt. Neque adeo improbandæ videntur quæſtiones, modo caute & intra æquitatis legumque fines coerceantur; neque judices excogitatis novis torquendi rationibus nefariæ potius crudelitatis ſuæ inſtrumentum, quam veritatis explorandæ ac juſtitiæ exequendæ remedium faciant. *Vid. Jul. Clar.* §. *fin. qu.* 64. *Carpz. Pract. Crim. quaeſt.* 127. *per tot. Damhoud. Prax. crim. c.* 35. *& ſeq.*

Quantopere igitur ab omni humanitatis ſenſu, & fere ab homine deficiunt, qui torturæ violentia ad fidei confeſſiones extorquendas, atque ad conſcientiarum carnificinam abutuntur? Quod omnium longiſſime ultra modum humanæ poteſtatis eſt, ac ipſa ſæviſſimorum Eccleſiæ perſecutorum immanitas. Quod quibus nondum plane obduruit omnis conſcientiæ ſenſus, merito execrati ſunt.

Hinc vero (XII) confirmatur haut parum ſententia, abſentes ad pœnas corporales damnari non poſſe, cum quæſtiones, quas in iis inter Gentes receptas eſſe vidimus, non aliter, quam in præſentes exerceri queant. Nec poteſt adeo tale Judicium inſtrui in abſentem, in quo ſi probatio plena deficiat, quæſtionibus veritas eruenda erit, quæ fieri non poſſunt, niſi reo præſente.

Neque his obſtat, quod fœmina adultera etiam abſens inter reos recipi poſſet. *L. 13. C. ad L. Jul. de Adult.* Aliud enim eſt abſentem inter reos recipi, aliud damnari. Adultera abſens damnari, adeoque nec defendi abſens poteſt. *l. 15. C. eod. tit. l. 11.* §. 2. *ff. eod. tit.* ſed nec inter reos recipi poteſt, niſi judicium contra præſentem jam cœperit. *d. l. 13. d. l. 15.* Ejus autem alii effectus ſunt: ut, quod inter reos recepti, alia lege ſimul poſtulari nequeant &c. Ut adeo inde quoque novum munimentum denique accedat ſententiæ prædictæ, quod abſens, ſi judicium nondum cœperat, ne quidem inter reos recipi, nedum damnari, poſſit.

Nec magis movet, quod hodie generali conſuetudine, ex quovis crimine procedi etiam ſoleat contra abſentes, quos, ſi edictis rite citati non comparent, in contumaciam pro convictis haberi, banniri, & condemnari etiam ad mortem, ajunt. *Jul. Clar.* §. *fin. quæſt.* 40. *n.* 4. *& n.* 3. *&c. Weſenb. ff. de Req. & abſ. in fin.* Nimis equidem temere, & manifeſto errori cauſam dedit vox Banni ambigua. Imperialis enim banni utriusque eadem formula eſt, **erlauben ſein Leib** ꝛc. *Gail. de P. P. lib. 2. c. 6. paſſ. Ord. Cam.* 1532. *tit.* 2. §. 14. Hoc bannum Imperii, confundunt primum cum bannis judiciorum, quibus in contumaces proceditur: & quorum effectus ſaltem eſt, ut reus alicubi deprehenſus capi, & judici offerri poſſit. Idque pluribus & optime evolvit *Carpz. Pract. crim. Quaeſt.* 140. *n.* 98. *n.* 103. *n.* 132. *& ſeqq.* ubi late probat, bannitum ex contumacia occidi non poſſe, etſi etiam illis formulis eadem clauſula comprehenſa ſit, **wird erlaubt ſein Leib.** (qua ratione bannum hoc etiam in *Ord. Crim. art.* 155. **die Mord-Acht** ex vulgi ſenſu dici videtur). Id enim non eo pertinere teſtatur, ut vita auferri, ſed ut corpore apprehendi & judici ubique offerri poſſit. *d. quaeſt.* 140. *n.* 98. Quin & confundi exiſtimo bannum Imperii ex cauſa fractæ pacis publicæ, & ex cauſa contumaciæ: etſi enim eadem utriusque formula ſit, tamen in banno ſaltem contumaciæ non intelligi jus necis inferendæ videtur; licet *Gail. d. lib. 2. c. 5. n. 12. Bluhm. de Proc. Cam. cap.* 29. *n.* 177. & Camerales diſſentiant. *Vid. D. Praeſ. de Jur. Publ. cap.* 32. §. 12. ſane *in Ord. Cam. p.* 3. *tit.* 43. §. 3. *& tit.* 48. §. 5. ubi forma executionis præſcribitur, tantum in bona, non in vitam poteſtas datur. Unde

de (1) nec definitiva eſt illa banni ſententia, ſed interlocutoria, ut omnes fatentur. *Gail. d. l. 2. c. 6. n. 3. Bluhm. d. c. 29. n.* 182. Nec (2) excludit defenſionem. *Carpz. d. qu.* 140. *n.* 107. quod & docet *Ord. Crim. d. art.* 155. Nec (3) reus habetur pro convicto, niſi præſumtive, *Carpz. d. q.* 140. *n.* 100. *& ſeqq.* Atque hinc Dd. qui aliud ſenſerunt, ſine dubio aliquid humani paſſos eſſe ait *Carpz. d. q.* 140. *n.* 133. nec quicquam verius eſt.

Et his itaque perſpicuum jam plane eſt, executiones in Effigie rite & ſalvo jure fieri non poſſe abſentibus reis: nec imitandos eſſe mores Gallorum, qui abſentes etiam ad mortem condemnare dicuntur, *Jul. Clar. de quaeſt.* 44. *n.* 4. *Chriſtin. ad LL. Mechlin. tit.* 2. *art.* 25. *n.* 6. *& ſeq.* &, ſi haberi nequeant, executionem in effigie peragunt, ut teſtantur *Ann. Robert. Rer. jud. lib.* 1. *c.* 10. *verſ. Huic tractatui &c.* ubi ſæpius idem refert, *p.* 183. 184. *&* 185. *Bugnyon. de L. L. abr. lib.* 12. *c.* 196. *in marg. Gudel. de Jur. noviſſ. lib.* 5. *c.* 14. *pen.* quæ fluxere ſine dubio ex perperam accepto banni nomine: cum tamen ea vox ſua natura, nec pœnam corporis, nec ſupplicium inferat, ſed relegationem, vel exilium & bonorum periculum, quæ omnia in abſentes ſtatui poſſe, nec irreparabilia eſſe prædiximus.

Exemplum, quo ſpeciali lege permiſſum eſt in abſentes ex cauſa capitali pœnam ſtatuere eſt *in l.* 4. *§. fin. l.* 5. *ff. Ad Corn. de ſicar.* Quo ex ipſa lege Cornelia de ſicariis animadvertitur in eos, qui ſpadones faciunt, veluti in ſicarios, & ſpecialiter una cavetur, etiam in abſentes, tanquam lege Cornelia teneantur, pronunciandum eſſe.

In hac vero ſpecie plura ſunt, quæ hujus conſtitutionis in abſentes æquitatem tuentur, & commendant. Præterquam enim, quod, ſi a Sodomia diſceſſeris, nullum fœdius facinus excogitari poſſit; certetque illud ſceleris magnitudine cum ipſo homicidio, fœditate etiam præponderet; nec atrocius videatur, hominem morte affici, quam viventi virilitatem eripi; inprimis perpendendum eſt, hujus criminis fidem magis ab inſpectionis evidentia, quam ab examine rei peti; variis enim modis homines mori poſſunt, neque alter præ altero autor mortis videri; & difficillima adeo eſt in crimen & autorem inquiſitio. At hoc genus criminis eſt inter caſtratum, & Medicum, qui ſpadonem fecit *d. l.* 4. *in fin.* In illo igitur, ſi res quæ lege publica prohibita eſt, ipſa facti evidentia appareat, vix quæſtio cum Medico ſupereſt, cum & de crimine ex ipſa inſpectione pleniſſime conſtare poſſit, neque ea opera ſit, quæ promiſcue, ſed quæ a perito ſaltem fieri poſſit, & ſoleat, ille quoque latere facile non poterit. Unde, cum ita comparatum ſit hoc crimen, ut haud difficulter explorari, evincique queat;

adeo

adeo vero res ſit exitu fœda, & exemplo peſſima, ut cognitionem non differri interſit, viſum fuit, nec immerito, in abſentes quoque procedi poſſe.

Etſi vero abſentia cognitionem eam non moretur, at in mortuos tamen moveri hoc judicium non poſſe manifeſtum eſt. Cum enim omnia crimina morte extinguantur, ejus certa ac naturalis ratio ſit, ſtandum ſine dubio & hic erit iſti regulæ, cum nullibi hoc crimen inde excipiatur, ſed e contrario id ſolum cautum ſit, ut in abſentes, non etiam, ut in mortuos permitteretur judicium.

Hinc, citationes abſentium inprimis fieri neceſſe eſt, & admitti procuratorem etiam in cauſa principali; *arg. l.* 33. §. 2. *ff. de Procurat.* ſecus ac in aliis cauſis, quæ pœnis corporalibus defenſæ ſunt. Sed & cætera omnia, quæ ad defenſionem neceſſaria videntur, abſentibus permittenda ſunt, atque ita cauſa cognita ad pronunciationem deveniendum eſt, prout hucusque *id d. l.* 4. §. *fin.* definitum eſt.

Quod ſi ergo reus præſens & in poteſtate non ſit, differenda erit executio cauſæ principalis in eventum, quoad redigi in poteſtatem reus poſſit.

Alterum exemplum eſt in *l.* 12. *C. de Poen.* ubi de Apparitoribus, aliisque Magiſtratuum & Judicum Miniſtris, ſi in officio commiſerint, ſtatuitur, ut in abſentes quoque peragi judicium queat. Equidem, ſpecialiter de pœnis corporalibus nihil ibi dicitur; neque in apparitorium delicta pœna corporis afflictiva, illico decernitur. Verum, cum tamen non excludantur tales pœnæ, & indefinite textus loquatur, hic quoque caſus vulgo inter exceptos refertur, *Barth. in d. l.* 4. §. *f.*

Quærunt vero, an hæc conſtitutio hodie obtineat? Quod quidam negant, & ajunt, hodie eam non obſervari, niſi ſemel ſaltem citentur, *Nic. Boer. dec.* 9. *n.* 10. *& ſeq.* Illi vero ſenſum legis perperam omnino intellexiſſe videntur: non enim ea excluſæ ſunt citationes abſentium, neque permiſſum, ut in non citatos, non auditos, non defenſos, ſed tantum ut in abſentes procedi poſſit: quæ res cauſæ cognitionem non excludit. Itaque, non una ſaltem, ſed tot citationes fieri debent, quot alias contra abſentes jura requirunt.

Tertium exemplum videtur eſſe *in crimine fractae pacis publicae.* Cæterum, non ea hujus criminis ratio eſt, ut Judex abſentem in pœnam mortis, vel corporalem damnare poſſit. Sed, cum ad pœnam banni Imperia-

lis

lis procedere possit, **und in die Reichs-Acht erkläret werden**, ejus formula ex veteri rigore comprehensum creditur, ut a quolibet impune interfici queat, cui aqua & igni interdictum sit.

Nam talis est carminis hujus tenor, **daß ihr Leib und Guth erlaubet seyn, und niemahls daran frevlen, oder verhandeln soll, oder mag. Kayserl. Landfr.** 1548. *tit.* 3. §. 1. Atque adeo jus necis cuilibet in bannitum, ex vulgari Cameræ imperialis formula, intelligi concessum statuunt *Gail. de P. P. L.* 2. *c.* 5. *n.* 12. *c.* 6. *Bluhm. de Proc. Cam. tit.* 29. *n.* 182.

Equidem plurima singularia in hoc crimine constituta fuere, ut inveteratum istud pugnarum privatarum studium (**Faust Recht,**) & deprædationes illæ, quibus adeo infestabantur membra Imperii, terrore talis banni & proscriptionis abolerentur. Non igitur ea sententia mortis fuit, sed banni; & hoc quoque casu magis intelligi in contumaciam videtur, si fractæ pacis reus, legitime citatus, non comparuerit. **Landfr.** 1548. *de tit.* 3. §. 1. Equidem integræ adhuc sunt transactiones, aliique effectus, qui non satis congruunt damnato ad mortem, & vix est, ut ex vulgari illa banni formula jus necis cuilibet in reum tribui, moribus & observationi temporum conveniat. De quo nunc locus agendi non est.

Potissimum vero exemplum est *in crimine laesae Majestatis*, quod perduellionis nomine venit. Duplex enim est crimen: vulgare, & speciale seu perduellio. Illud est, quo omnis injuria Majestati illata, læsæ Maj. crimen dicitur, quia Majestas injuriam passa, atque ideo per eam læsa est. Uti, si quid in statuas vel imagines Principis commissum, *l.* 6. *l.* 7. §. *fin. ff. ad L. Jul. Maj.* si per nomen, vel genium ejus consulto quis pejeraverit. *l.* 13. §. *fin. ff. de Jurejur. junct. l.* 2. *C. Ad L. Jul. Maj.* Si confugientes ad statuas Principum violaverit. *l. un. C. de His, qui ad stat. conf. l.* 1. *C. de stat. & imag. l.* 1. §. 1. *ff. de Off. Praef. Urb. arg.* §. *fin: de his, qui sui, vel al.* Quin, & qui verbis injuriam Principi intulit, & qui contra constitutiones Principis pronunciavit, læsit Majestatem. At his casibus noluerunt Pii & Generosi Impp. crimen intentari, *l. un. C. Si quis Imp. maled. l.* 1. *C. Ad L. Jul. Maj.* In cæteris vero speciebus pœna arbitraria est, quæ tamen pro re nata ad mortem extendi potest, at in absentes, vel mortuos non proceditur. *l. ult. in fin. ff. Ad L. Jul. Maj.* Atque hæc species, vel ejus magis nomen, cœpisse videtur sub Tiberio, atque de ea loqui, *Tac. Ann. L.* 1. *c.* 72. jure vero nil in ea singulare est.

Altera autem species est crimen perduellionis, & est crimen, quo quis animo hostili & odio publico aliquid in Principem, seu Rempubl. ejusque mem-

membra qua talia, committit. *d. l. fin.* Hujus igitur criminis formam constituit animus & machinatio hostilis, qua quis animo lædendi Rempubl. vel ejus Principem, quid facit: id enim re ipsa hostile est: hostium enim est offendere Rempublicam, civium defendere: Unde & perduellis dicitur, id est hostis, *l.* 234. *ff. de Verb. sign.* & perduellio quasi pertinax bellum, ut ex Festo refert *Wissenb. ad d. l.* 24

Quale est, cum quis adversus Remp. insurgit, hostem ei concitat, hostem juvat, ad hostem deficit, cum hoste colludit, ei exercitum, urbem, civem, consilia prodit, aut aliud quid, non odio privato, sed publico, etsi in privatos, committit, prout exemplis pluribus id exponitur, in *l.* 1. *l.* 3. *l.* 4. *ff. ad L. Jul. Maj.* Unde, si quis civem occidit, privatum est homicidium, non perduellio, si irratus civi & odio ejus privato concitatus fecerit; at, si odio Reipublicæ, plana erit perduellionis crimen, etsi non occiderit, sed vivum hosti tradiderit *per l.* 3. *princ. ff. eod. tit.*

Huc quoque refertur crimen læsæ Majestatis divinæ; nec immerito, si forma ac rationes criminis conveniant, scil. si male in divinam Majestatem animatus quid patraverit; uti si Deo renunciet, atque diabolo, Dei hosti se dedat; quod veneficæ quædam facere solent; si consulto blasphemias in Deum evomat; idque agat, ut cultum Dei omnipotentis destruat, aut de summi Numinis existentia ac providentia opinionem hominibus eripiat. Talia qui machinatur, atque ita ostendit, se hostiliter in Divinam Maj. animatum esse, incidit plane in crimen perduellionis. Non vero, qui calore iracundiæ, disputandi fervore, inconsulto, & non hostili quodam animo aliquid, quod blasphemum est, evomit: qui animus formam & gravitatem hujus criminis efficit. *d. l. fin.*

Omnium minime igitur nuda hæresis referri huc potest: quæ per se nec crimen est, sed opinio: neque intelligitur hæreticus, nisi qui a judicio Ecclesiæ Catholicæ dissidet, per *l.* 2. §. *fin. C. de Haeret.* Hoc vero universæ seu Catholicæ Ecclesiæ judicium extat in ejusdem Conciliis, quæ sunt 4. priora; *l.* 9. §. 3. *l.* 7. §. 4. *vers. Hanc alia. C. de SS. Trinit. Nov.* 115. *c.* 3. §. 14. *c.* 1. *c.* 2. *pr. dist.* 15. illa enim sola fuere universæ seu Catholicæ Ecclesiæ Concilia, adeoque vere catholica. *Dn. Præs. Disp.* 14. *h. tom. de Jur. circa Hæret.* §. 5. *& seq.* Si quædam Ecclesiæ inter se dissident, partes illæ sunt, nec pars parti judicium obtrudere potest; cum quæque pars sui studio ducatur, inprimis illa, quæ de commodis ac lucris certat. Quod si vero hæresi crimen conjunctum sit, ejus criminis si tales, ut jam diximus, blasphemiæ in divinam Majestatem commissæ sint, perduellionis pœna erit. *de Disp.* §. 32. *& seq.*

Hujus

Hujus criminis perduellionis tantus inter Gentes metus, tantumque periculum visum fuit, ut ei exarmando quicquid machinarum mutuique terroris inveniri potuit, oppositum fuerit. Nec immerito. Non enim tantum periculi ab extraneo hoste impendet, ac ab eo, qui intus alitur, & in ipsis visceribus nostris quasi pascitur. Unde pleræque Gentium non tantum in autorem sceleris, sed in totam ejus familiam suppliciis sevierunt. Exemplum Hannonis Pœni, una cum ratione tantæ acerbitatis, compendio refert *Just. lib.* 21. *c.* 4. *in fin.* his verbis: *Filii quoque, cognatique omnes, etiam innoxii, supplicio traduntur, ne quisquam ad imitandum scelus, aut ad mortem ulciscendam, ex tam nefaria domo superesset.* Talem quoque Macedonum legem refert *Curt. lib.* 6. *c.* 11. *& lib.* 8. *c.* 6. *in fin. &c.*

In hoc vero crimine id singularissimum est, quod inde judicium post mortem rei quoque inchoari possit: *per l. fin. ff. Ad L. Jul. Maj. l.* 1. §. 3. *ff. de suis & leg. l.* 31. §. *fin. ff. de donat. l.* 86. §. 1. *ff. de Adq. haer. l.* 6. *fin. C. Ad L. Jul. Maj.* §. 3. *de Publ. jud.* Minus igitur dubium est, etiam in absentes judicium hoc Majestatis intentari posse, cum & in mortuos possit; idque speciali constitutione, *Ad reprimendum &c.* expressit Henr. VII. Imp. quæ sub finem Corporis juris adjecta; & in quam *Barth.* commentatus est.

Nec ratio in obscuro est, cum agatur de fulcienda nutantis ac sub potentium insidiis ac machinationibus periclitantis Reip. Hujus necessitatibus cedunt, & postponuntur omnes privatorum rationes: eademque sollicitudo & cautela Reip. quæ leges Majestatis armavit in filios innoxius, & alicubi in omnes cognatos, easdem quoque instruxit adversus mortuos & absentes; aliaque in Reip. præsidium singularissime constituit, quæ remoto ejus metu ac periculo, plena injuriarum ac truculentiæ viderentur.

Pœnæ vero præcipuæ, quibus lex majestatis munita est adversus perduelles, ad 4. capita referri possunt. (1) Capitalis & principalis pœna in ipsum perduellem constituta, scil. ultimum supplicium, cujus genus variat. *l.* 5. *pr. C. ad L. Jul Maj. Ord. Crim art.* 124. (2) Confiscatio bonorum, quæ & hodie recepta est, *d. l.* 5. *pr. Ord. Crim. art.* 218. *in fin.* (3) Filiorum exilium, infamia, & successionum privatio, quod horum periculo magis terreri Parentes soleant, quam suo. *d. l.* 5. §. 1. *in f. c.* 3. §. 11. (4) Damnatio memoriæ. *l.* 6. *l. fin. C. eod. tit.*

Horum omnium capitum, (excepto primo) executio vere & reapse fit etiam perduelle mortuo vel absente, perinde ac vivo & præsente. In his igitur nihil simulati vel imaginarii est, sed pœnæ executio realis; nec pertinet

tinet illa ad perſonatam illam executionem, quæ moribus invaluit, & in effigie fieri dicitur, ſed ad veram, quæ jure conſtituta eſt.

Damnatio vero memoriæ aliud quid eſt, quam infamia, & multo latius patet. Pœna enim infamiæ in futurum tantum operatur, ne quis inpoſterum admitti ad honores aut dignitates poſſit: at damnatio memoriæ omnia bonorum & dignitatum, quas geſſit, veſtigia abolet, in præteritum memoriam eorum delet. Quicquid igitur occurrit, quod ad perduellis laudem, honorem, decus, famam aut memoriam, factum ,ſcriptum, compoſitumve fuerit, extinguitur, inſignia franguntur, nomen ex albis aufertur, ſtatuæ, imagines, monumenta &c. deſtruuntur; ipſa domus diruitur, atque in univerſum id agitur, ut ejus hominis geſtorumque honeſtam recordationem perpetua oblivio ſepeliat; quæ fines infamiæ longe ſuperant. Aliquando & ſolum ſale conſpergi, & ſtatuæ facinoris mentio & execratio inſcribi, quin & aliæ atrocitates excogitari, atque in cumulum ſolent addi. Exquiſitiſſima damnationis memoriæ formula, qua Athenienſes Philippum Macedonem execrati ſunt, ejusque memoriam damnarunt, extat apud *Liv.* 31. C. 44. Cæterum hæc omnia poenæ perduellium capita ad amuſſim, ita exacta fuere in Dania an. 1663. d. 24. Jul. in cauſa Cornificii Comitis ab Ulefeld: quæ ſententia extat in *Theatr.Europ. tom.* 9. *ad an.* 1663. *fol.* 1002. & indigniſſime in Gallia in cauſa illuſtriſſimi Herois Collinii, jam ante occiſi: cujus ſententiæ capita refert *Thuan. Hiſt. L.* 55. *in med. ad an.* 1572.

Denique, quæ de abſentibus hactenus tradita ſunt ſcrupulum inde faciunt, quod in genere judicium criminale in abſentes quoque peragi, & per procuratorem defendi permittitur in *l.* 3. *C. de Accuſat.* Equidem eum textum non de regula, ſed exceptionibus loqui, largiuntur *Dd.* propter tot jura evidentia, quibus contrarium aſſeritur; ſed quærunt, utrum de caſibus illis ſpecialibus quibus ad pœnas corporales damnari abſentes in cauſa ipſa poſſe diximus & oſtendimus, textus iſte agat, an vero de iis cauſis, quæ expoſitæ ſunt ab initio. Prius vult *Dn. Brunnem. ad d. l.* 3. & *ad l.* 11. *n.* 3. & *ſeqq. ff. Ad L. Jul. de Adult.* & latiſſime *Hillig. ad Don. lib.* 18. *cap.* 10. *lit. E. qui dict. l.* 3. reſtringunt ad caſum *l.* 4. *in fin. ff. ad L. Corn. de Sicar.* & *L.* 21. *C. de Pœn.* & eodem referunt *l.* 33. §. 2. *ff. de Procur.* Verum nulla ratio patitur, legem generaliter loquentem reſtringi ad unum alterumve caſum adeo ſingularem, ut nullus magis. Unde & merito id rejicit *Carpz. Pract. Crim. quæſt.* 105. *n.* 29. & *multis ſeqq.* Dicendum omnino eſt, inprimis *d. l.* 3. generaliter intelligendam de omnibus caſibus, quibus criminali judicio in abſentes procedi poteſt; quia tam late patent, ut quodammodo regulam generalem conſtituere poſſint, juxta d.

d. l. 3. Nam in abſentes, & procuratore interveniente procedi poteſt, cum in omnibus criminibus, quorum pœna non eſt capitalis, vel corporis afflictiva; tum in omnibus aliis quoad cauſam contumaciæ, præterea in prædictis ſpeciebus, etiam quoad principalem. Unde ſuo ſenſu regula fieri poteſt: in criminibus quoque adverſus abſentes procedi & procuratorem admitti poſſe; juxta *d. l.* 3. exceptis pœnis corporis afflictivis, niſi & illæ ſpecialiter exemtæ ſint, *Carpz. Pract. Crim. quaeſt.* 105. ubi per totam quæſtionem luculenter exponit caſus, quibus procurator intervenire in criminibus a parte rei poſſit; de quo actum ab initio eſt.



LIB. XLVIII. TIT. XVIII.

DE QUÆSTIONIBUS.

Qv. I. *An uſus torturae Juri Naturæ conveniat?*

NEGATUR. (1) quia vera pœna eſt, ſcilicet malum paſſionis, quæ (2) nondum probato crimine inferri nequit; inprimis (3) cum gravior ſit ipſa pœna corporali, quin quandoque morte ipſa; (4) exempla docent, ſæpius contra veritatem aliquid aſſeri metu torturæ: ita enim innocentem rotæ impoſitum, nocentem abſolutum eſſe, tradit *Gilh. c.* 6. *p.* 7. *n.* 6. *&* 7. Sane (5) confeſſio vi extorta, & metu repetita, nec in civilibus & levioribus probat. (6) Tutius in dubio eſt, nocentem dimittere, quam innocentem damnare. (7) Unus teſtis nec in minimis probat, nedum ad corpus affligendum ſufficit illius aſſertio. Unde (8) apud gentiles ſolis ſervis olim quæſtio imponebatur, multo magis ergo Chriſtiani ea abſtinere deberent.

Laut. pag. 706. *verb. Earum uſus &c.*

OBST. Quod multa crimina ita manerent impunita.

RESP. (1) Hoc non eſt ex defectu juſtitiæ, ſed probationis: pœna igitur Dei judicio committenda eſt.

RESP. (2) Si gravia indicia contra aliquem militent, pœna extraordinaria, perpetuo carcere &c. puniri poſſet.

Qv. II. *An socii criminis nominatio sit indicium ad torturam?*

Laut. pag. 708. verb. socii criminis &c.

Resp. Quinque hic conjunctim requiruntur in *O. Crim.* art. 31. (1) Ut interrogatio de complicibus fiat a Judice in carcere vel tortura, in genere & absque suggestione; vid. *Disp. Dn. Parant. de Soc. crim. Sect.* 3. §. 43. ubi exceptiones quoque refert; si non rogatus ultro socios nominet, viam aperit ad inquisitionem, *ibid.* §. 44. (2) Ut interrogetur de omnibus circumstantiis, quomodo, quo in loco, & quo tempore socius, quem nominavit, ei præsto fuerit; quæ vulgato versiculo continentur: *Quis, quid, ubi, quibus auxiliis, cur, quomodo, quando, ib. th.* 45. (3) Ut Judex inquirat, an inter reum nominantem socium, & socium nominatum sint inimicitiæ &c. nisi denuncians eximia signa & indicia verisimilia rei, vere ita gestæ, afferat. *ibid. th.* 46. (4) Ut denunciatus talis persona sit, & iis moribus, quæ de ejusmodi commisso merito in suspicionem venire possit: quo pertinet fama & vita ante acta, *ibid. th.* 47. (5) Ne quid denuntians, vel maleficus vacillet, aut confessionem mutet, sed dicta citra vim & vincula ratificet, *ibid. th.* 48.

Qv. III. *An Doctores & Professores torqueri possint?*

Negatur; quia clarissimi, item genere aut dignitate præclari torqueri non possunt, *L.* 16. *C. de Quaest. L.* 4. *C. ad L. Jul. Maj.* Doctores autem & Professores tales sunt, *L.* 10. *C. de Dign. L.* 4. §. 1. *C. de Adv. divers. jud. L.* 1. *C. eod.* Sed doctores æquiparantur militibus, *L.* 14. *C. de Advoc. divers. jud.* milites autem itidem non torquentur, *L.* 14. *C. ad L. Jul. Maj* Sane Decuriones & principales, quibus propter dignitatem similes sunt Professores, nec per consuetudinem temerariæ usurpationis quæstioni subjici possunt, *L.* 33. *C. de Decur.* Sed & Professores utuntur juribus clericorum: *Vid. Dn. Par. Jur. publ. prud. c.* 31. §. 12. Clerici autem, si Presbyteri vel in majori gradu constituti sunt, torqueri nequeunt, *L.* 8. *C. de Episc.*

Obj. Quod reatus omnem honorem excludat, *L.* 1. *C. Ubi Senat.*

Resp. Reatus hic dubius adhuc est, adeoque nondum excludit honorem; sed & loquitur de foro privilegiato, quod in reatu constitutis non datur.

Hodie consensu Principis, uti Nobiles, milites, ita & Doctores & Professores subjici quæstioni possunt. *Vid. Dn. Berg. h. qu.* 1.

Qv. IV.

Qv. IV. *An testes quoque torqueri possint?*

AFFIRM. *Lauterbach. h. pag.* 711. si veritatem malitiose supprimant. Regulariter ergo torqueri testes non possunt, per textus generales, ubi dicitur, testes torquendos non esse, *L.* 15. *pr.* 18. §. 3. *h.* nam illi saltem veritatis causa examinantur, non, ut participent de alterius delicto. *Laut. pag. 711. verb. & hoc in casu.*

Exc. (1) in crimine læsæ Majestatis, *L.* 20. §. 1. *h.* at tunc non ut testis, sed ut conscius delicti torquetur, *L.* 3. *L.* 5. *C. Ad L. Jul. Maj.* (2) Si ipso facto intervenere, & tamen malitiose veritatem supprimant, *d. L.* 18. §. 3. *h.* (3) Si dolose vacillent, & varient in testimonio, *d. L.* 15. *pr.* Conf. *Nov.* 90. *c.* 5. *in fin.*

Qv. V. *An, si nova interveniunt indicia, tortura repeti possit?*

NEGATUR, sed tantum, si nova superveniant indicia; quia tortura est species purgationis ab indiciis, quando quis ergo semel se purgavit, ulterius purgandus non est: idque diserte ita traditur in *L.* 18. §. 1. *h.* ibi: *evidentioribus argumentis oppressus repeti in quaestionem potest.* *Laut. pag. 712. verb. nisi (1) &c.*

OBST. *L.* 16. *h.* ibi: *repeti posse quaestionem.*

RESP. Si nova superveniant indicia, *d. L.* 18. vel si neget ea, quæ semel confessus est, *Goth. ad d. L.* 16. *O. Crim. art.* 57.

Adeoque repeti (1) potest ob noviter emergentia indicia, quæ arbitrio Judicis relinquuntur, *O. Cr. art.* 58. (2) Si non sustinuit, sed specie confitentis dimissus est, & postea revocet; quia decreto & sententiæ nondum satisfactum, & variatio novum est indicium. Quanquam tunc ultra tertiam non extendatur, *Clar.* §. 11. *qu.* 21. *n.* 36.

✣✣✣✣✣✣✣✣✣✣✣✣✣✣✣✣✣✣✣✣✣✣✣✣

LIB. XLVIII. TIT. XIX.

DE POENIS.

Qv. I. *An poenae sint Juris Naturalis?*

AFFIRM. Natura enim reus ob quamvis culpam tenetur ad talionem, id est, tantum pati debet, quantum damni dedit; quia alias injuria reparata dici nequit. *Laut. pag. 715. verb. infligitur jure.*

Hæc autem talio, seu pœna, non ita crude est intelligenda, ut ei, qui membrum fregit, itidem membrum frangi debeat, sed quod tantundem pati,

ti, adeoque aliud malum ejusdem æſtimationis infligi ei debeat: atque de hac talione, ejusque ratione, integram diſſertationem ſcripſit *Dn. Parens de Sacroſancto talionis jure.*

Qv. II. *Quidnam ſit pœna Criminalis, quid Civilis?*

Laut. pag. 714. verb. *Civilis* die Bürgerliche.

Lauterbach ait, *Criminalem* eſſe, quæ corpus afficit; *Civilem*, quæ corpus non afficit. Rectius vero *illae* definiuntur, quæ ex cauſa criminali; *hae*, quæ ex cauſa civili oriuntur. Hinc, ſi quis ad reſtitutionem furti damnatur coram Præfecto urbi, criminaliter punitur, i. e. ex cauſa criminali; *L.* 56. *§.* 1. *de Furt.* Idque confirmatur *ex Ord. Crim. art.* 104. 110. 196. ubi peinliche dicuntur etiam, die nicht auf Haut und Haar gehen, modo ex cauſa criminali oriantur.

Insto, vocem peinlich late & improprie ibi accipi.

Resp. Immo eam ſignificationem rationi Juris convenire, jam demonſtravi.

Qv. III. *Quandonam poena ad haeredes tranſeat?*

Laut. pag. 714. verb. *non etiam.*

Late hanc materiam tractavi ſupra *ad Tit. de Obligat. & act.* item ad *Tit. de Injuriis.*

Qv. IV. *An in poenis obtineat proportio geometrica?*

Laut. pag. 715. verb. *infligatur autem.*

Neg. quia jam ſupra *L.* 1. *t.* 1. *qu.* 2. demonſtravi, proportiones nullum in Jure uſum habere. Sed & falſum eſt, in æſtimatione pœnæ geometricam proportionem ſervari, ſed, ſi quæ eſt, erit arithmetica, ſcil. tantundem, Vid. *ſupr. qu.* 1.



LIB. XLVIII. TIT. XXIII.

DE SENTENTIAM PASSIS ET RESTITUTIS.

Qv. *Quisnam ſententiam paſſos reſtituat, & quid ea reſtitutione veniat?*

Resp. Jus reſtituendi reos, ſententiam paſſos, ſolis Principibus competere, idque inter regalia referri, vulgo notius eſt. Hæc reſtitutio dividitur in plenam, & minus plenam. ILLA eſt, quando additur vox reſtitu-

ſtitutionis in genere, *L.* 1. *C. in fin. de Sent. paſſ.* (idem eſt, ſi criminis rei reſtituuntur bonis & dignitati), hæc enim omnia jura rei in priſtinum ſtatum reſtituit, §. 1. *Inſt. Quib. mod. patr. pot. ſolv. L.* 1. *C. L.* 13. *pr.* (qua tollitur *L.* 6. *&* 9. *C. eod.*) *&* §. 4. *h. t.* Atque hæc jus patronatus reſtituit, *L.* 1. §. 1. *ff. h.* & patriam poteſtatem, *d. L.* 13. *pr. &* §. 4. *d.* §. 1. *Inſt.* proinde quicquid filius poſt reſtitutionem acquirit, id patri acquiritur, *L.* 9. *C. eod.* HÆC eſt, quando ſola pœna remittitur, ſive quando proceſſus tollitur & aboletur: tunc enim indulgentia talis generalis ſolum reditum permittit *L.* 7. *C. h. t.* & pœnam, non vero infamiam remittit: *Indulgentia enim quos liberat, notat, nec infamiam criminis tollit, ſed pœnæ gratiam facit, L.* 3. *C. de Gen. abol.* & ultra id, quod in ſpecie in abolitionis inſtrumento expreſſum eſt, nihil tribuit, *Laut. h. tit. p.* 719. Hinc remiſſa pœna, bona non videntur reſtituta, *L.* 3. *ff. h. t.* uti nec tum, cum reſtituta eſt fama, *L.* 2. *ff. eod.* niſi in ſpecie & bona & fama exprimantur, *L.* 3. *ff. eod. L.* 2. *C. eod.* Plena autem illa reſtitutio tantum intelligitur de juribus, quæ ex diſpoſitione Principis dependent. Atque hinc pœna reo remittitur, bona, honores, & dignitates ac fama reſtituuntur, teſtamentum condit, recipit filios in poteſtatem &c.

Non autem fieri illa debet in præjudicium tertii, cui ex delicto rei jus aliquod, etiam ex Lege Civili, quæſitum eſt: hoc enim Princeps nec ex plenitudine poteſtatis auferre poteſt, uti plenius demonſtravi *ſupr. L. XLII. t.* 1. *qu.* 10. Atque hanc ſententiam communiter defendunt Doctores. Vid. *Struv. Ex.* 49. *th.* 110. *ibique Müll. Carpz. Pr. cr. p.* 3. *qu.* 148. *n.* 21. *Brunn. ad Weſ. tit. de Sent. paſſ. qu.* 2. *Zœſ. eod. tit. n.* 3.

Ex his jam conſtat (1) occiſi liberis, vel iis, quibus furto res ablata eſt, per abolitionem criminis non adimi facultatem jus ſuum perſequendi, ac æſtimationem vel rem ablatam recipiendi, *Damhoud. prax. crim. c.* 147. *n.* 13. *Carpz. prax. crim. p.* 3. *qu.* 148. *n.* 20. Sed & (2) deportatus & plene reſtitutus non recipit militiam, ante reſtitutionem in alium collatam, *L.* 7. *C. h. t.* (3) Si fructus bonorum interim, & durante v. g. deportatione, alius percepit, hi non reſtituuntur, nec reſtitutis bonis. *Brunn. ad. Weſ. tit. de Sent. paſſ. qu.* 4. uti nec ipſa bona a fiſco interim alienata, *ibid. qu.* 3. In his omnibus enim jus tertio eſt quæſitum. Atque hinc (4) deportatus reſtitutus patriam poteſtatem quidem plene recipit, §. 1. *Inſt. Quib. mod. patr. pot. ſolv.* attamen quicquid filius interim geſſit, valet, quia a patrefamilias geſtum videtur; neque enim hoc jus filio ſemel ex Lege quæſitum a Principe auferri poteſt. Vid. *L.* 13. §. 1. *C. h. t.*

An vero (5) is, qui criminis abolitionem impetravit, & famæ restitutus est, recipit pristina jura, ita, ut ad collegium admitti, ac si nunquam reus criminis fuisset, debeat? Alibi jam distinxi, an vera infamia adsit, & reus vel a Lege, vel per sententiam, notatus sit? an infamia demum ex sententia ferenda sequi debeat? Illo casu collegio jus excludendi reum ex statuto quæsitum est, quod Princeps revocare non potest, *arg. d. L.* 13. §. 1. Hoc vero casu, si reus negat delictum & processus intentatur, reus non est infamis ante sententiam, nec jus quæsitum est collegio. Si ergo Princeps abolendo crimen impedit sententiam, hoc ipso impediet quoque infamiæ notam, proinde reus omnia jura retinebit, ac si nunquam crimen commisisset. Atque ita in contradictorio res decisa est in causa W. contra **die Schmiede-Gilde**, sed & rescripto rem ita Augustissimus Rex decidit in Causa P. contra C. SS. B. & M.



LIB. XLVIII. TIT. XXIV.

DE CADAVERIBUS PUNITORUM.

Qv. *An anatomia sit licita?*

AFFIRM. idque propter utilitatem publicam, ut de causis morborum eo facilius constare possit.

OBJ. quod jus sepulturæ sit juris Naturalis, nec auferri possit.

RESP. Immo propter utilitatem publicam, v. g. in pœnam criminis, sepultura alicui auferri potest.

Equidem in Belgio & alibi pauperum cadavera secari solent, sed cum id eorum, cum in vivis essent, consensu fiat, utilitas publica accedat, factaque dissectione sepeliantur, nihil injuriæ hic occurrit.



LIB. XLIX. TIT. I.

DE APPELLATIONIBUS.

Qv. I. *An unius appellatio prosit omnibus consortibus?*

Laut. pag. 730. verb. ita, ut unius &c.

Equidem regulariter appellatio unius aliis non prodest tum ex regula generali, quod res inter alios acta, aliis nec noceat, nec prosit, *L. 2. C. Quib.*

Quib. res jud. tum ex ſpeciali textu in *L.* 3. §. 3. *h.* ubi appellatio tantum illis condemnatis prodeſt, quorum nomina in libello ſunt comprehenſa.

Exc. (1) Si conſortes ſint: tunc enim, uno appellante, intra decendium, reliqui omnes, etſi non appellarint, immo etſi alter tantum pro ſe appellaret, tamen adhærere, & cauſam æque ac alter tractare poſſunt; quia in hujus beneficii terminis, prout eos autor recte ponit, una omnium defenſionis cauſa, & unius quæſtionis communis ſententia & deciſio eſt, quæ per appellationem unius ſuſpenſa, cuique, qui non renunciat juri ſuo, competit, lite quippe nondum finita. Atque huc pertinent omnes illi textus in *L.* 1. *C. Si un. ex plur.* ibi: *emolumentum victoriae &c. ad te quoque, qui nec provocaſti, pertinet. L.* 2. *C. eod.* ibi: *ei quoque prodeſt, qui non appellaverit. L.* 10. §. 4. *ff. h.* ibi: *alterius victoriam ei proficere, qui non provocavit. L.* 1. *C. de Diverſ. reſcr.* ibi: *quamvis reſcriptum ad unius perſonam directum ſit, utrisque tamen proſpectum eſt.*

Exc. (2) Parti adverſæ quoque prodeſt, ex *L. f. C. h. & L.* 4. *de Temp. app. argum. L. f. C. de Fruct. & lit. exp.* Nam, introducta ab uno appellatione, commune fit beneficium utriusque partis, adeo, ut appellatus quoque de novo cauſam agere, &, ſi quid præterea adhuc ſibi deberi putet, id quoque perſequi eadem inſtantia poſſit, nec fit judicatum contra ipſum, quia appellans non poteſt appellato negare beneficium, quo ipſe utitur, uti in genere dicitur in *L. f. C. de Fruct.* Atque hinc ſæpius obſervavi, appellato plus adjudicatum fuiſſe in ſecunda ſententia, quam in prima continebatur, etſi ipſe non appellaverit. Igitur appellanti prodeſt appellatio, ab eo interpoſita, ne ſententia contra ipſum in rem judicatam abeat; Conf. *Müller. reſol. March.* 41. *n.* 2. *n.* 4. *n.* 13. *& ſeq.*

Obj. *L.* 3. *§.* 2. *h.* ubi appellatio tantum illis condemnatis prodeſt, quorum nomina in libello ſunt comprehenſa.

Respondet *Laut. p.* 720. loqui de condemnatione, at idem eſt in abſolutione, per *L.* 2. *Quib. appell.* Ratio quoque differentiæ vera non eſt, quod pronior ſit victoriæ communicatio, quam condemnationis; nam ubi lucrum & commodum eſt commune, ibi quoque damnum communicari debet. Rectius ergo dicimus, agi ibi de regula: nimirum ſolos condemnatos appellare, eosque ſolos ex hac appellatione obligari, ſi reliqui conſortes nolint, at, ſi velint adhærere aliorum appellationi, poſſunt. Mores hac in re variant: In Marchia adhæſio conſortis non ſufficit, niſi intra fatale deducenda gravamina ſua deduxerit. *Müller. reſ. March.* 41. *n.* 7. & 8.

Qv. II. *An interveniens sequatur formam processus principalis?*

Laut. pag. 723. verb. qui tamen.

RESP. Interveniens duplici modo causam agere potest, vel jure proprio, & tanquam principalis, vel accessorie, *Brunn. Proc. Civ. C.* 13. *n.* 2. *Carpz. Proc. tit.* 4. *a.* 2. *n.* 1. *& seq.* ILLUD fit, si pro suo separato interesse agit ad excludendum utrumque, & actorem, & reum: HOC vero contingit, si defendendi vel actoris, vel rei causa accedit, forte, quod, in casum succumbentiæ periculum, & v. g. evictionem metuat: tum enim non proprio jure agit, sed processui instituto adhæret, *Herold. ad Proc. c.* 13. *n.* 13. *Brunn. d. l.*

Hinc jam sequitur (1) *priori* casu intervenientem non teneri sequi processum institutum, nec adhærere ejus formæ, uti jam est, sed novus & separatus erit processus de causa, quæ hactenus in judicium deducta non fuit, *Brunn. c.* 13. *n.* 15. *Mart. tit.* 15. *Rubr. n.* 81. *&* 84. Ita in Curia Halberstadiensi decretum in causa Hentzen, contra Solly d. 3. Nov. 1706. & d. 20. Dec. 1706. Quin nec, si velit, potest, uti decretum ibidem in causa N. contra Bortfeld, d. 14. Nov. 1709. *Hoc* casu interveniens in eodem statu assumit processum, alteri partium saltem assistit, & sic ad eandem causam accedit, *Brunn. d. l. n.* 15.

(2) *Priori* casu non opus est, fatalia observare processus principalis, sed quia separatus est processus, hujus fatalia observasse sufficit, *Herold. d. l.* Indeque, sententia lata, interveniens separatim appellationem interponere, eique sua gravamina inserere debet, nec sufficit, inhærere appellationi, a principali forte interpositæ, *Carpz. d. tit.* 4. *art.* 2. *n.* 33. *& seq. Brunn. d. l. n.* 11. At omnia secus, si tantum accedit processui, ab altero instituto, *Herold. d. l. Carpz. d. l. n.* 27. *Brunn. d. l. n.* 12.

(3) *Priori* casu, etsi, in instantia leuterationis vel appellationis interventio fiat, ea tamen pro prima instantia habetur, *Mart. d. n.* 84. Unde termini, qui in secunda instantia juxta *Ordinationem Cancellariae Halberstadiensis* sunt præjudiciales, jam non sunt tales, vid. Decretum de an. 1706. d. 11. Nov. in causa Münchhoff contra Hilßebusch und Cammer-Rath Lützgens, & Decretum d. 3. Nov. 1706. in causa Dolßin, contra Hentzen; sed & porro intervento juxta eandem *Ord. Canc.* triplicæ (utpote cum in prima instantia versetur) conceduntur. Atque ita decretum (1) in causa Münchhoff contra Hilßebusch, d. 11. Nov. 1706. (2) In causa Hentzen, contra Dolßin, per Decr. d. 3. Nov. 1706. At secus *posteriori* casu, ubi nec propriam facit instantiam interventio, nec proinde ultra duplicas proceditur, optime *Herold. dict. Obs. c.* 13. *n.* 31. *& seq.*

Atque

Atque hinc porro & (4) ſequitur, *illo* caſu intervenientem exceptiones dilatorias opponere, probationem ſuſcipere, teſtes producere &c. poſſe, etſi in cauſa principali jam concluſum, probatio peracta, & ſententia publicata ſit: quia nova inſtantia eſt, ſecus in *poſteriori* caſu, *Brunn. d. l. n.* 15. *Umm. Diſp. XI. n.* 11. *ſeq. Covar. Var. Reſ. qu.* 14. *Berl. Concl.* 25. *n.* 58. *& ſeq.*

(5) *Priori* caſu formula ſententiæ ita concipitur, ut interveniens collocetur tertio loco, v. g. In Sachen N. Klägern an einem, wider und gegen N. Beklagten am andern, wie auch N. Intervenienten, am dritten Theil ꝛc. *poſteriori* autem caſu, ſub nomine actoris vel rei venit, v. g. In Sachen N. Klägern an einem, entgegen und wider N. Beklagten und N. Intervenientem am andern Theil ꝛc. *Carpz. Proc. tit.* 4. *art.* 2. *n.* 5. *Mart. Proc. tit.* 4. *art.* 2. *n.* 5. *& tit.* 15. *rubr. in fin.*

Denique & (6) poſt tres conformes ſententias, in cauſa principali prolatas, non appellat interveniens, qui cauſæ illi acceſſit, ſecus ſi proprio jure proceſſum inſtituerit, *Brunn. d. c.* 13. *n.* 13. *Mev. P.* 7. *dec.* 396. *n.* 14.

Si tertius ad excludendum & actorem, & reum, adeoque pro ſuo jure proprio defendendo intervenit, ſæpius diſputatum memini, an differri & ſuſpendi cauſa principalis debeat, an vero, interventione non attenta, in cauſa procedi debeat? Recte Dd. diſtinguunt, an jus intervenientis ſit clarum & liquidum, illudque in continenti ſummarie doceat, tunc enim Judicem in cauſa procedere non poſſe, antequam in puncto interventionis judicatum ſit, omnes uno ore ſtatuunt, adeo ut executionem quoque ſuſpendat, *Brunn. Proc. tit.* 13. *n.* 10. *ſeq. & c. fin. n.* 18. *Mev. P.* 8. *dec.* 416. *P.* 8. *dec.* 211. *&* 334. *P.* 7. *dec.* 371. *& ad Jus Lubec. L.* 5. *tit.* 3. *a.* 4. *n.* 14. *& ſeq. Carpz. in Jurispr. For. P.* 1. *c.* 3. *def. fin. Mart. Proc. tit.* 15. *ad* §. 1. *n.* 13. Maxime ſi interventionis quæſtio ſit præjudicialis. *Mev. de dec.* 416. *Mart. d. l. Zang. de Exc. P.* 2. *c.* 9. *n.* 1. *Berl. P.* 1. *concl.* 27. *n.* 7.

At ſi dubia & illiquida ſit interventio, juſtam alterius petitionem non differt, ſed proceſſus principalis continuatur, & cauſa concluſa, ſententia pronunciatur, etſi in interventione cauſa concluſa non ſit: ita decretum in cauſa Tolßin, contra Solly, (1) d. 21. Apr. 1706. (2) d. 21. Jul. 1706. (3) d. 3. Nov. 1706. (4) d. 9. Dec. 1706. (5) d. 21. Dec. eod. *Mart. Proc. tit.* 15. §. 1. *n.* 15. *Brunn. Proc. c.* 13. *n.* 5. *&* 14. adeo, ut, ſententia lata, interventio nec executionem ſuſpendat, *Mev. P.* 8. *dec.* 416. *Gail. L.* 1. *O.* 70. *n.* 21. *Brunn. Pr. Civ. c.* 13. *n.* 5. *&* 14. *Mart. d. l. n.* 15. liquidum enim per illiquidum retartari non debet, *Mart. d. l. n.* 17. *Mev.*

Mev. P. 5. *dec.* 333. ubi egregie recenset causas, quæ non impediunt executionem: modo caveat victor pignoribus vel fidejussoribus de re intervenienti in casu succumbentiæ restituenda, *Mart. d. l.* §. 1. *n.* 16. *Mev. P.* 5. *dec.* 334. & *p.* 7. *dec.* 396. *Brunn. ad L.* 75. *ff. de R. V. Carpz. Proc. tit.* 4. *a.* 2. *n.* 38. *Cothm. Vol.* 4. *Cons.* 3. *n.* 173. *Umnius Disp. II. n.* 13. *in fin.* Atque ita judicatum in contradictorio in causa Heintzen, contra die Gebrüder Solly, d. 14. Apr. 1707.

Cessat tamen illa cautio, si Judex eam superfluam judicet, *Mev. P.* 7. *dec.* 396. *n.* 7. uti si absque illa securus sit, *Mev. ibid.* forte reservatione juris in illam rem, in quam executio fit, *Mev. P.* 5. *dec.* 211. *Mart. d. l.* §. 1. *n.* 17.

Atque his principiis positis, facile refellitur illa dictinctio *Mevii P.* 5. *dec.* 211. & *P.* 7. *dec.* 396. an executio in rei ipsa, quæ in lite fuit, fieri debeat, an vero in alia re? ita ut illo casu interventio executionem suspendat, non hoc: nam neque differentiæ rationem, neque æquitatem hic subesse video, si enim in illa jus intervenientis illiquidum sit, non video, cur executio suspendi debeat, & si hoc casu jus intervenientis liquidum est, non video, cur illa non differri debeat. Sane indistincte executionem suspendi, si jus intervenientis liquidum sit, antea probavi. *Vid. Mart. Proc. tit.* 15. §. 1.

Qv. III. *An quidam Electores privilegium de non appellando per non usum amiserint?*

Laut. pag. 728. verb. qui tamen.

NEGATUR: nam cum omnibus Electoribus id privilegium per Auream Bullam concessum sit, illique in Capitulationibus Imperii omnia jura perpetuo reservaverint, eaque per Instrumentum Pacis confirmata sint, nudus non usus iis non nocet: nec præscriptio hoc casu locum habere potest; quia Imperator non possidet aliquid alieni: sane partes prorogare suam jurisdictionem possunt, salvo privilegio Principis. *Vid. Dn. Par. Jur. publ. c.* 14. §. 13.

Qv. IV. *An privilegium de non appellando, Electoribus concessum, etiam pertineat ad querelam nullitatis?*

Laut. pag. 728. verb. hoc tamen.

AFFIRMATUR: Atque hinc, cum in causa Röbel, contra des Marckgrafen Albrecht Königl. Hoheit, ille de nullitate quereretur in Aulico Judicio, allegante altero privilegium de non appellando, in contradictorio ed-

cretum

cretum fuit, daß der Impetrant von Röbel mit seinem Gesuch an den König in Preussen als Churfürsten zu Brandenburg zu verweisen sey, d. 13. Aug. 1717.

Qv. V. *An in causis criminalibus appellare liceat?*

AFFIRMATUR: (1) *L.* 30. *C. h.* ibi: *in capitali supplicio appellationem esse concessam. L.* 29. *C. eod.* ibi: *quibus in causa criminali provocationis copiam non negamus. L.* 6. *ff. eod.* ibi: *ei, qui ad supplicium ducitur, provocare permittitur.* (2) Quia major debet esse favor defensionis in criminalibus, quam in civilibus, uti illa ratio additur in *d. L.* 29. *Laut. pag.* 722. *verb. licet lata.*

OBJ. *L.* 244. *de V. S.* ibi: *de poena provocatio non est, simulatque enim victus quis est ejus maleficii, cujus poena est statuta, statim ea debetur.*

RESP. Loquitur de delicto, de quo constat, commissum esse, tum si a poena, Lege statuta, appellet, non recipitur appellatio, quia justa appellandi causa in re notoria non est: nec queri de injustitia pœnæ, Lege publica statutæ, potest. Secus ergo, si de delicto nondum constet.

Hodie omnino appellationes procedunt, vel quod magis est, ulterior defensio permittitur: at provocari ad judicia Imperii non potest, *O. C. P.* 2. *tit.* 28. §. 5. quia processus ibi fere sunt immortales, indeque præmorentur rei ante finem litis, nisi de nullitate in processu quæstio sit, *d.* §. 5. *Dn. Par. Jur. publ. c.* 32. §. 13.

Qv. VI. *An in causis cameralibus & fiscalibus appellatio quoque admittenda, si justa sit appellationis causa?*

Equidem non facile his in causis admittendam esse appellationem, qui libet facile concedet, cum & ipsa negotii natura omnem moram hic esse periculosam, innuat. Quoties ergo fiscalis calculi satisfactio postulatur, aut tributariæ functionis solenne munus exposcitur aut publici, vel etiam privati (dummodo evidentis aut convicti) redhibitio debiti flagitatur, abstinendum esse ab appellatione, sancivit Imper. in *L.* 4. *C. Quor. appell. non recip.* idem traditur in *L.* 8. *C. eod.* ibi: *ut ei, quem constiterit esse publicum debitorem, appellationis beneficium denegetur.* *Laut. pag.* 723. *verb. (2) in causis quæ moram &c.*

Aliud autem esse, si debitor convictus non est, ex ipsis allegatis textibus apparet, *d. L.* 4. ibi: *dummodo evidentis atque convicti, & d. L.* 8. ibi: *quamobrem appellatione eorum rejecta, qui aperte manifesteque convicti sunt, &* ibi: *ut ei, quem constiterit esse publicum debitorem.* Sane iniquissimum esset, si

si subditi unius instantiæ alea jus suum totamque fortunam periclitari tenerentur. Si proinde gravamen appellationis justum & probabile adsit, non video, qui appellationis beneficium debitori denegari queat. Atque hoc ita expresse ita deciditur in *Cap. Joseph.* §. 3. ibi: auf den Fall auch Jemand von denen Land-Ständen oder Unterthanen wider dieses oder andere obberührte Sachen (loquebatur autem von denen wegen Land-Fürstl. Hoheit, Steuern, Zehenden und andern gemeinen Bürden und Schuldigkeiten geführten Beschwerden) bey Uns oder Unserm Reichs-Hof-Rath oder erstbenannten Kammer-Gericht etwas anzubringen oder zu suchen sich gelüsten lassen würden, wollen wir daran seyn, und darauf halten, daß ein solcher nicht leichtlich gehöret, sondern a limine judicii ab, und zu schuldiger Parition an seinen Landes-Fürsten und Herrn gewiesen werde. Adeoque promittit Imperator, se non facile admissurum hujusmodi gravamina, quod & Juri Civili conveniens est; si tamen causa cognita appareat, momenti aliquid ea habere, liberum est Imperii Judiciis appellationem recipere.

Qv. VII. *An post tres conformes sententias appellatio, leuteratio, restitutio in integrum, revisio, vel querela nullitatis locum habeat?*

Laut. pag. 744. verb. (3) *sententiæ bis confirmatæ &c.*

RESP. In una eademque causa tertio provocare non licere, patet ex *L. un. C. ne lic. in un. ead. caus. tert. prov.* Unde Dd. concludunt, post tres conformes sententias appellationem prohiberi. Conf. *Nov.* 82. *c.* 5. *L.* 122. §. 5. *d. V. O. C.* 65. *junct. C.* 39. *X. Ne lic. in una eademque causa &c.* Quæ conclusio uti æquissima, ita & rationi Juris, intentionique Imperatoris quam maxime convenit: ideo enim tribus conformibus sententiis tanta tribuitur autoritas, quia Jura non præsumunt, aliquem toties gravari in eadem causa. Accedit utilitas publica, cujus interesse videtur, ne litis fierent immortales, *L.* 13. *pr. C. de Jud.* Denique malitiæ præsumtio ex obstinata illa provocandi pertinacia oritur, malitiis autem hominum indulgendum non est, *L.* 38. *ff. de R. V. Dn. Wildv. Disp. de Trib. sent. conf.* Atque ita quotidie tertiam provocationem rejici solere, observavi in Curia Halberstadiensi, in causa Beyers Erben, contra Annen Beyers, in puncto der Oel- und Walck-Mühle, in Sentent d. 24. April 1705. & in Sententia d. 10. Dec. 1705. in causa Olthof contra Delium d. 9. Jul. 1709. in rat. decid. in causa Aißlebische Erben contra Ebert, in causa Fisci contra das Amt Winningen, d. 21. Jul. 1707. in rat. decid. in Decreto d. 23. Maji, 1688. in causa Jungker, contra Hanstein.

Equidem sunt, qui putant, *d. L. un.* non de tribus conformibus sententiis loqui, sed de tertia provocatione; indeque concludunt bis provocare licere,

licere, etsi in unaquaque instantia plures sint sententiæ, tertiam autem demum provocationem prohiberi, *Mev. P.* 1. *dec.* 63. *n.* 2.

Equidem negare non possum, textum de trina provocatione loqui, adeoque de tribus sententiis a diversis Judicibus latis. Hoc autem exinde est, quia apud Romanos instantia & officium Judicis una sententia finiebatur, neque ibi leuterationes vel Oberleuterationes cognitæ erant; statim ergo ac prolata esset sententia, provocabatur ad alium Judicem, & ab hoc ad Superiorem, *L.* 38. *ff. de Min. L.* 122. §. 5. *de V. O.* Ex quibus evidentissime apparet, *tertio provocare non licere*, ex ratione Juris Romani nihil aliud esse, quam victum post tres conformes sententias provocare non posse.

Cum vero moribus Germaniæ ab eodem Judice plures sententiæ ferri possint, interposito scil. a parte gravata remedio leuterationis & Oberleuterationis, sane eadem ratio prohibendi erit, si idem Judex tribus sententiis aliquem condemnaverit: omnes enim illæ rationes antea allegatæ hic obtinent. Quin summa iniquitas foret, si victus a tribus coram Judice inferiore prolatis sententiis provocationem interponere, & victor in appellationis instantia denuo tres sententias, & reiterata provocatione ad Supremum Judicium septimam, quin, revisione impetrata, octavam exspectare deberet. Hoc enim modo vere lites fierent immortales. Sane cum victus potuerit statim a prima sententia ad secundum Judicem, & ab hoc ad tertium provocare, renunciasse huic juri videtur, dum ab eodem Judice tres sententias proferri patitur. Neque suspectæ erunt illæ sententiæ, quia vel potuisset, uti jam dictum est, provocare ad Superiorem, vel actorum transmissionem impetrare, quod si negligat, sibi imputare debet.

Vera ergo manet regula, post tres conformes sententias nullam provocationem licitam esse, adeoque nec leuterationem, nec oberleuterationem: ita observatum fuit in curia Halberstadiensi, in causa Beyers Erben, contra Annen Beyers, d. 10. Dec. 1705. nec revisionem, nec supplicationem, *Wildvog. d. l. c.* 2. §. 12. nec restitutionem in integrum, *Wildvog. de Trib. conf. sent. c.* 3. §. 14. *Scaccia de appell. qu.* 19. *rem.* 2. *n.* 95. *seq. Brunn. ad d. L. un.* Dissentit. *Lancellot. de Attent. p.* 2. *c.* 18. *n.* 87. *seq.* nec querelam nullitatis, *clem.* 1. *de Sent. & re jud. Wildv. d. l. c.* 2. §. 12. Quin nec Princeps rescripto tertiam provocationem concedere potest, *Scacc. d. l. qu.* 17. *Lim.* 1. *n.* 2. *Wildv. d.* §. 12. Licet ad hujusmodi remedia, re desperata calumniosi Advocati confugere, eoque executionis suspensionem sollicitare soleant. At nec executionem trium sententiarum per tertiam provocationem impediri communiter statuunt, *Wildv. d. c.* 2. §. 12. Unde nec remedio attentatorum locus est, *Lancellot. de attent. p.* 2. *c.* 12. *lim.* 48. *n.* 1.

Ab illa autem regula excipitur (1) casus, si justitia restitutionis, vel nullitas evidens sit, & in continenti probari possit, *Brunn. ad d. L. un. & Proc.* 28. *n.* 3. *&* 111. *Zang. P.* 3. *c.* 26. *n.* 28. *Wildv. d.* §. 12. (2) Si novum gravamen post trinam sententiam oriatur: tunc enim quoad hunc passum appellatio admittitur, *Brunn. & Goth. ad d. L. un.* at illa pars, in qua sententiæ conformes sunt, executioni mandatur, *Wild. d. l. c.* 2. §. 10. (3) Si consensu partium id fiat, *Goth. ad d. L. un.* (4) Judicia quoque Imperii sibi id arrogant, ut non attentis tribus sententiis provocationes admittant, *Mev. P.* 1. *dec.* 18. *&* 63. *Wildv. d. Disp. c.* 3. §. 10. *Struv. Ex.* 50. *th.* 4. *Brunn. ad d. L. un.* ubi & rationem addit, ne alias Status Imperii in suis ditionibus plures instantias constituendo jurisdictionem Supremi Tribunalis eludere possint: atque ita in Curia Halberstadiensi observatum fuit in causa Geist, contra Grüningen, in puncto des Schaaf-Hütens; item in causa Lamprecht, contra Horning, Anno 1707. At si dicam, quod res est, omnino puto, Status imperii prohibere subditos, ne post tres conformes sententias ad Judicia Imperii provocent, posse; indeque propitio jure Dicasteria, non obstante tali provocatione, executionem peragere valere: fundata enim est intentio Statuum in *d. L. un.* ut scil. post tres conformes sententias non admittatur appellatio. Nec ratio Brunnemanni aliquid momenti huc affert: falsum enim est, eludi Supremi Tribunalis jurisdictionem. Nam liberum omnino est subditis, si velint appellare ad Judicia Imperii, ita enim v. g. subdito Halberstadiensi, a Judice inferiori prima sententia gravato, liberum est, provocare ad Regimen, si hic quoque gravetur, liberum ei est, provocare a secunda sententia ad judicia Imperii; Si vero vel in prima vel in secunda instantia leuterationem interponat, adeoque ab inferioribus Judiciis tres sententias ferri patiatur, hoc ipso tacite jam appellationi renunciasse videtur, & quidem ex necessaria illa consequentia, quod, tribus sententiis exstantibus, si illæ conformes sint, provocatio ulterius non admittatur. Non ergo adimitur facultas appellandi subditis, sed illi electionem habent, an velint coram inferiori Judice leuterationis remedio uti, an ad Cameram Imperii appellare. Illo electo ex suo consensu appellationi renunciasse videntur; idque convenit egregie Ordinationi Cancellariæ Halberstadiensis, *P.* 2. *c.* 20. ubi is, qui Oberleuterationis beneficio utitur, appellare nequit.

At in eo jam hæret omnis quæstio: Quandonam videantur tres sententiæ conformes? Hoc tunc fieri dicimus, quando super eadem causa, eadem re, & inter easdem personas proferuntur, *Brunn. ad d. l. un. Mev. P.* 1 *dec.* 18. Si dubium Judici videatur, an sint conformes, benigniorem interpretationem sequi tutius est, *L.* 192. §. *f. ff. de R. J.* Indeque appellationi tanquam rei favorabiliori, deferre potest. *Surd. Cons.* 163. *n.* 5. *Vol.* 2. *Dn. Wildv. in Disp. de Trib. sent. conf. c.* 2. §. 9.

Pro

Pro conformibus ergo haberi non possunt (1) si appellatio, a duabus sententiis interposita, deserta declaratur, *Brunn. ad d. L. un. Mev. P.* 1. *dec.* 18. *n.* 5. sibi ipsi contrarius *P.* 7. *d.* 309. *n.* 7. Atque ita præjudicium exstat in Curia Halberstadiensi in causa Geist, contra Grüningen, d. 15. Mart. 1694. (2) Si appellatio denegata est, *Brunn. d. l.* utroque enim casu alia quæstio est decisa. Si tamen provocans acquieverit, sit judicatum, & sic ex eo capite appellatio ei denegatur. (3) Si tertia sententia est ipso jure nulla, *Mev. P.* 6. *dec.* 114. & *P.* 7. *dec.* 308. ita judicatum in eadem causa. (4) Si sententia ab universitate, contra quam protestatio interposita est, pronunciata sit: nam hæc sententia, utpote a Judice suspecto lata, ab actis removeri, & acta ad non suspectos transmitti debent. (5) Si duæ sententiæ pro actore militent, tertia pro reo, quarta iterum pro actore, non tamen erunt tres conformes, *Lynk. dec.* 242. atque ita in Curia Halberstadiensi judicatum in causa Hübners Erben, contra Heintzen, d. 26. Jan. 1699. ratio hæc allegabatur: weil durch die dritte Sentenz seine Befugniß reparirt, und also die dritte Sentenz ein novum Gravamen nach sich ziehet, und ist solch Gravamen, wenn es auch schon eben das vorige ratione objecti gewesen, dennoch ob seriem sententiarum, indem das dem Reo beyfällige Urtheil darzwischen gekommen, und also nicht tres conformes auf einander gefolget, pro novo zu achten. (6) Si post secundam sententiam novum producatur documentum, cujus in pronunciando ratio haberi debet: si enim id negligatur a Judice, novum oritur gravamen, a quo tertio appellare gravatus potest, *Lynk. Cent.* 3. *dec.* 242. (7) Si prior sententia contra mortuum publicata, indeque nulla dicitur: at duabus sequentibus sententiis deciditur, quod ea nullitate, quippe in formalibus existente, non attenta, illa sententia confirmanda sit, tunc tertia provocatio admittitur; quia super eo, an prima sententia nulla sit, indeque ab actis rejicienda, duæ saltem sententiæ existunt. Atque ita decretum in causa Schlüters, contra Eitzens Wittwe, d. 15. Maji 1709.

Atque hinc in posteriori casu tutius agent Advocati si, ubi talis nullitas allegatur, reassumtionem, urgeant, & denuo publicationem ejusdem sententiæ impetrent; uti in curia Halberstadiensi factum in causa Krigs, contra Fridrichs, d. 2. Oct. 1709. Item in causa Hartmann, contra Noe Seligmann, d. 21. Jul. 1707. tunc enim tres erunt conformes sententiæ, nec ulterior provocatio admittitur.

Q. VIII. *An decreta sine praevia causae cognitione prolecta habeant vim sententiae?*

RESP. Regulariter id negatur (1) quia sententiæ non nisi causa cognita & audita utraque parte feruntur, *L.* 3. *C. Commun. L.* 5. *Eod.* decreta *Laut. pag.* 723. *verb. a decreto.*

creta autem plerumque esse solent fegitiva & ad instantiam unius partis, impetrata. *Mev. p.* 8. *dec.* 146. (2) per text. expr. in *L.* 1. *L.* 2. *L.* 4. *L.* 5. *L.* 6. *Eod.* ubi epistolæ, mandata, comminationes, programmata &c. vim rei judicatæ neutiquam obtinet: Atque hinc (3) omnia, quæ causæ cognitionem desiderant, quæ scil. præjudicium tertio afferunt, ne quidem per decretum expediri posse traditur in *L.* 9. §. 1. *off. proconf. ibique Brunn.* & *Idem ad L.* 4. *C. de dilat. n.* 5. *L.* 39. *ff. de Adopt. L.* 4. *C. Dilat. Mev. p.* 1. *dec.* 153. *L.* 29. §. 2. *Min. L.* 47. *pr. re jud. Mev. p.* 3. *dec.* 349. 3. unde (4) nec decreta Principis vim juris habent nisi causa cognita: *arg. L.* 1. *pr.* ibi: *cognoscens decrevit &c. ff. Const. princ.* Cujus effectus (5) hic est, ut non opus sit remedio suspensivo, sed gravamen quocunque tempore corrigi possit. *L.* 14. *ff. re jud.* atque ita (6) judicatum in causa **der Reindorfischen Kinder**, contra **die Marenholtzische Erben**, d. 7. Jan. 1703. & d. 9. Jul. 1705. ita porro in contradictorio in causa **Fleischhauer** contra **Heinen.**

Obj. Quod decreta judicialia non inania, sed cum effectu esse debeant. *L.* 1. *Re jud. L.* 1. *C. d. Exc. rei. jud. Mev. p.* 3. *dec.* 16. *n.* 5. & *p.* 1. *dec.* 135. *n.* 1.

Resp. Non sunt inania, sed effectum habent, nisi appareat ad falsa narrata sub- & obrepta esse.

Exc. (1) Si decretum illud per tacitam vel expressam ratihabitionem confirmetur. *Brunn. d. l.* 4. *n.* 6. tunc enim valet ex consensu partis. (2) Si prævia causæ cognitione decretum emanet, *tot. tit.* & *L.* 5. *C. Comminat.* &c. *L.* 7. *C. Sent. interl. d. l.* 1. *pr. Const. princ.* hoc enim vim sententiæ necessario habet, quia sententia nihil aliud est, quam causæ inter partes controversæ decisio. *L.* 1. *L.* 14. *ff. re jud.* eademque hic ratio adest, ideo enim partes causam proponunt, ut judex decernat, eoque quasi compromittunt & ex quasi contractu tenentur, Conf. *Mev. p.* 2. *d.* 374. ubi distinguit, an decretum cum causæ cognitione datum sit an non, illo casu mutari non posse ait, nisi interposita appellatione, hoc casu posse: Atque ita in Curia Halberstadiensi judicatum in causa **der Spiegelschen Erben**, contra **den Hof- und Land-Rath von Veltheim**, an. 1707. item in causa **Krötzmann**, contra **Stübben**, Mense Jan. 1706. it. in causa **Oppen**, contra **Schenck**. Ita quoque relatum ad Serenissimum Mense Majo 1709. in causa **des** Fisci **zu Hohnstein**, contra **den** Pastor **Gollner.**

Qv. IX. *An decendium appellationis ſit utile, an continuum?*

RESP. Ratione initii eſt utile; (1) quia non incipit currere, niſi a momento ſcientiæ, quo ſcil. quis ſcit ſententiam latam eſſe, *L.* 1. §. *f. Quand. app.* Nec (2) quando Judicis copia non fuit, *L.* 1. *§.* 7. *eod.* Idque (3) traditur in *L.* 4. *C. de Liberal. cauſ. C.* 8. *de Appell. in* 6. ***Laut. pag.* 725. verb. *initii utile.***

OBST. *L.* 1. §. 5. *Quand. app.* ubi ex die ſententiæ latæ currit tempus.

RESP. Exceptio ſtatim ſubjungitur, niſi abſens ſit, & procuratorem non habuerit, *ibid.* §. 7.

OBST. *L.* 1. *§. f. Quand. appell.* verb. *difficile eſt, ut hic audiatur.*

RESP. Loquitur de tali abſente, qui procuratorem reliquit: nam non videtur abſens vel ignorans, qui per procuratorem rem gerit & procurator debuit appellare, *d. l.* 1. §. *f.*

Qv. X. *Quisnam ſententiam, in appellationis inſtantia latam, executioni mandare debeat, an Judex a quo, an Judex appellationis?*

RESP. Vulgo diſtinguunt, an ſit definitiva ſententia, an interlocutoria; *Illo* caſu ſemper Judici appellationis competere executionem ſive reformatoria ſit, ſive confirmatoria, ait Brunn. *Proc. c.* 29. *num.* 105. & Doctores apud *Mart. tit.* 39. §. 1. *n.* 156. per *Auth. Si quis litigantium. C. de Epiſc. aud. L.* 32. §. 2. *in f. C. de Appell. L. ult. in f. C. de Jud. Nov.* 123. *c.* 21. *O. C. P.* 3. *tit.* 50. §. 5. *Hoc* caſu remitti ſemper executionem ad judicem a quo, *Brunn. d. c.* 29. *n.* 105. ***Laut. pag.* 727. verb. *hic tota cauſa &c.***

Verum hæc diſtinctio nulla ratione ex dicta *Nov.* 123. *c.* 21. & inde deſumta authentica probatur: Judex enim appellationis ibi exequitur, non quia definitiva eſt, nam æque de interlocutoria textus intelligi poteſt; ſed quia Judex a quo eſt Epiſcopus, qui ſententiam executioni mandare non poteſt, *dict. Nov.* vid. *Goth. add. Auth.* In *L.* 32. §. 2. *in f. de Appell.* forma quidem judicii appellationis refertur, & ſtatuitur, officiales Judicium judicata exequi debere, at hoc itidem de utrisque intelligi poteſt. In *L. f. in fin. C. de Jud.* plane de appellatione non quæritur, ſed de Judice arbitro, qui a ſe ſtatuta executioni dare poteſt.

 Puta-

Putarem ergo, Jure Civili interlocutoriam quoque, & v. g. pœnam contumaciæ a Judice appellationis ad effectum deduci posse, propter generalitatem *d. l.* 32. *§.* 2. salva cæterum Judici a quo causæ, quæ ad eum remitti debet, cognitione.

At Jure Canonico dicunt, Jus Civile mutatum esse, & Judicem appellationis sententiæ *reformatoriae* executionem suo Jure peragere posse, *confirmatoriae* vero ad primum Judicem remittere debere, *Mart. d. l n.* 157. *ibique Caeval. l.* 2. *qu.* 617. *n.* 9. ubi hanc communem ait, eamque probat ex *C.* 59. *X. d. Appell. & C.* 61. *verf. porro commonito &c. X. eod.* ibi: *appellationis causa coram Superiore probata superior suae Jurisdictionis officium exequatur, sed si appellans in ejus probatione defecerit, ad eum, a quo ipsum malitiose appellasse constiterit, remittatur.*

Atque hoc Jus Canonicum in foro nostro observari solet: ita enim in contradictorio definitiva reformata a Judice appellationis executioni ab hoc mandata est, licet Judex primæ instantiæ privative jurisdictionem habeat; in causa Olthoff, contra Delium, d. 22. Febr. 1706. atque ita quoque decretum d. 13. Jan. 1710 in causa des Raths zu Harßleben, contra Balhorn. Neque id saltem in definitivis, sed & in interlocutoriis obtinet, inprimis, quia, reformata priori sententia, regulariter causa principalis quoque ejusque cognitio ad Judicem appellationis devolvitur.

At merito excipitur a regula hac (1) si causa levis, personæ miserabiles &c. sunt tunc ultro Judex appellationis, ut sumtibus parcat, committere Judici a quo executionem solet: atque id factum in causa des Raths zu Harßleben, contra Balhorn, d. 13. Jan. 1710.

(2) Si appellatio deserta, vel non devoluta pronuncietur: hoc ipso enim prior sententia pro re judicata declaratur, taciteque confirmatur, *C.* 26. *X. de Appell. Mev. P.* 4. *d.* 349. *Mart. d. l. num.* 156.

(3) Causæ criminalis executio semper remittitur, ut exemplum pœnæ in loco exstet, *Brunn. d. c.* 29. *n.* 105.

Sed & (4) si Judex inferior morosus sit in exequenda sententia confirmata, Superior executionem peragere potest, atque ita decretum in causa Niebecker, contra den Juden Abraham.

Qr.

Qv. XI. *An terminus probatorius currere incipiat a tempore remissorum actorum, an vero a tempore judicati?*

RESP. Currere incipit a tempore judicati, adeoque vel ubi decendium elapsum est, vel ex quo partes intra decendium decretum aut sententiam approbaverunt. Si vero appellatum est, cessat cursus, usque dum super appellatione pronunciatum & præterea decendium elapsum sit: de quo late *Martin. Proc. Sax. tit.* 29. §. 1. *n.* 43. *& seq.*

At quæritur, an, prætextu actorum nondum remissorum cursus termini probatorii suspendatur? Distinguunt Dd. an remissio actorum in sententia contineatur, an non: Et *priori* casu terminum probatorium currere a die judicati ajunt, non *posteriori*: Quod verum est: (1) quia inter omnes constat, judicatum fieri, etsi acta non remittantur, at terminus probatorius a die judicati incipit: (2) quia pronunciata sententia & remissione decreta statim ac in rem judicatem abiit, officium judicis secundæ instantiæ finitum est, & inhibitio priori judici facta desinit, adeoque si fides judici sit rei ita decisæ, procedere in causa potest: Unde (3) juramentum sententia injunctum intra fatale a die judicati præstari debet, etsi non remissis actis; idem quoque in aliis probationum generibus obtineat. Atque ita (4) rem decidunt *Martin. Proc. d. l. n.* 347. *sq. ibique Finkelth. Obs.* 7. *per tot. Carpz. Jpr. for. p.* 1. *Const.* 1. *def.* 11. *per tot. & in proc. tit.* 13. *art.* 1. *n.* 61. *Schwendend. ad proc. Fibig. p.* 1. *c.* 2. *m.* 3. §. 15. *n.* 298. *Bornius ad univ. jur. jud. Disp.* 1. *th.* 51. *tit.* 9. *Ziegler. ad Ord. Sax. tit.* 20 §. 1. *verb.* seine Kraft erreichet.

Neque OBSTAT (1) jurisdictionem inferioris judicis non nisi per expressam & realem remissionem reviviscere. *Berl. p.* 1. *dec.* 99. *per tot. Gail. L.* 1. *O.* 131. *n.* 4. Adeoque nec terminum probatorium ante currere.

RESP. (α) Sufficit si verbis in ipsa sententia remissio fiat *per c.* 59. *X. de appell.* (β) non video ad inchoandam probationem acta præcise necessaria esse, quia sua quisque privatâ acta vel habet, vel habere debet, ex quibus articulos formare potest. Sed & si (γ) actorum inspectionem necessariam putet, ideo dilationem petere & remissionem actorum urgere deberet: accedit (δ) quod alias terminus illæ probatorius nunquam certus futurus esset, quia termino judicati sublato, dubium existeret, an terminus probatorius currere incipiat a die petitæ, an a die decretæ remissionis, an a die receptorum a judice prioris instantiæ actorum, an a die quo id partibus innotuit &c. Adeoque cum (ε) hæc sententia tendat at finiendas lites, ea potius amplectenda est.

OBSTAT

Obstat (2) Actis nondum remissis, partem articulos probatoriales formare non posse, nec judicem aliquid decernere.

Resp. Utrumque falsum: nam articuli æque ex privatis actis formari possunt, & judex etiam non inspectis actis testes citare, eorumque depositionem notare ac rotulum publicare potest: sed & dictum jam est, partem dilationem petere debere.

Obstat (3) Maximum esse probationis favorem.

Resp. Sed major favor est, & magis interest reipublicæ, ne lites sint immortales.

Equidem pro mitiori sententia pronunciavit Summum Tribunal Berolinense d. 13. Febr. 1725. in causa v. Plotzen contra Fleming, tum quia lex dubia est, tum quia inter eos, quibus probatio incumbebat, minores existebant,

Not. Disputare solent partes, quisnam procurare remissionem actorum & cujus sumtibus ea fieri debeat: in *ante allegata causa* condemnatus contendebat victor id incumbere, quia probatio ei injuncta esset, victor e contrario allegabat alterum appellasse, & ideo ejus officium esse acta ad judicem prioris instantiæ remittendi, quod & verum & a Dominis probatum fuit.

Qu. XII. *An contumacia procuratoris noceat domino?*

Laut. pag. 728. verb. procuratoris &c.

Affirmatur: Vide late *supr. L.* 3. *t.* 3. *qu.* 13. Nam sibi imputet, quod diligentiorem procuratorem non elegerit, *L.* 23. *in f. de Min. L.* 7. *in f. ff. de Inst. act. Carpz. P.* 1. *c.* 1. *d.* 22. *Mev. P.* 3. *d.* 29. *& ad Jus Lub. L.* 5. *t.* 2. *art.* 6. *n.* 10.

Exceptiones vidimus *d. qu.* 13. Sed & restitutio datur domino, si procurator solvendo non sit; *dict. tit.* 3. *qu.* 14.

Qu. XIII. *An temerarius litigator in expensas condemnari debeat?*

Laut. pag. 728. verb. condemnatio in expensas.

Resp. Inter pœnas temere litigantium refertur, quod victus victori expensas restituere teneatur. §. 1. *Inst. de Poen. tem. litig. l.* 7. *ff. jud.*

Regula hæc vera est (1) etsi victus pauper sit, quia paupertas facultatem calumniandi non concedit. *Mev. p.* 5. *dec.* 30. Atque ita Curia Halbersta-

berſtadienſis pronunciavit in cauſa Stempels, contra den Baumeiſter Wigand, d. 14. Jun. 1694. Sed & ſententia Erfurtenſium, quæ propter egeſtatem compenſavit expenſas, reformata fuit a Marpurgenſibus in cauſa Berends Erben, contra Holtzapfel, d. 6. Apr. 1702. (2) Etſi inter cognatos lis fuerit. *Bodin. Diſp. de expenſ. vict. non praeſtandis th.* 13. *Klok. tom.* 3. *c.* 132. *n.* 88 *ſeq.* Sane nulla ratio dari poteſt, cur prætextu cognationis impune calumniari liceat. Atque ita neglecta opinione Carpzovii *in proc. tit.* 24. *art.* 1. *n.* 65. judicatum eſt in Curia Halberſtadienſi in cauſa Hintze, contra Solly & Dolſin, d. 14. Apr. 1707. It. in cauſa Kratzmer, contra Kochen, d. 8. Febr. 1700. (3) Etſi victus olim in Summariiſſima obtinuerit. Nam Summariiſſimum nihil affert præjudicii cauſæ principali, *Ploth. de jurej. in lit.* §. 3. *n.* 35. non ibi de juſtitia cauſæ vel poſſeſſionis quæritur, ſed de ſolo actu poſſeſſionis ſive juſto, ſive injuſto, qui cauſam liti non dedit: Iniquiſſimum igitur foret, ſi, cum de injuſtitia cauſæ poſtea conſtet, eaque notoria ſit, talis poſſeſſor pœnam temere litigantium evitare poſſet. Equidem negari nequit communem Doctorum ſententiam eſſe contrariam. Vide *Carpz. L.* 1. *tit.* 2. *Reſp.* 18. *ibique late Dd. Martin. tit.* 36. §. 1. *n.* 129. *Nicol. de proc. p.* 2. *c.* 17. *n.* 17. At rationes eorum non tanti ſunt, ut mea ad conſenſum movere poſſint.

Non enim Obstat (1) quod ad reſtitutionem expenſarum non teneatur victus, ſi juſtam litigandi cauſam habuerit; juſtam autem cauſam poſſeſſoris eſſe, vel exinde apparere, quia actore non probante reus abſolvitur, *Carpz. de Reſp.* 18. *n.* 4.

Resp. Nos loquimur de caſu, ubi actor probat alterum non tantum injuria poſſidere, ſed & calumnioſe litem ſuſcepiſſe, quo caſu pro temere litigante habetur eoque expenſas ſolvit.

Obstat (2) Quod is, qui Autore Prætore poſſidet, non ſit temerarius litigator, *l. juſte ff. de Acq. poſſ.*

Resp. Immo qui in Summariiſſimo obtinet, non poſſidet, ſed ſaltem detinet, donec de poſſeſſione vera conſtet, adeoque judicium ſummariiſſimum eſt ſaltem præparatorium poſſeſſorii plenarii, *Carpz. proc. tit.* 23. *art.* 1. *n.* 50.

Obstat (3) Majorem eſſe favorem ejus, qui in poſſeſſorio obtinuit, quam ejus, qui poſtea in petitorio vincit. *Carpz. d. l. n.* 9.

Resp. Hoc eſt quod nego, nam is, qui in poſſeſſorio ſummariiſſimo obtinuit, ideo obtinuit, quia de jure & an calumnioſe rem detineat, non

quærebatur, ſed de ſolo facto poſſeſſionis, non veræ, ſed impropriæ ſeu detentionis: Si igitur poſtea apparet injuſtam fuiſſe illam detentionem, & poſſeſſorem calumnioſe rem illam ſibi arrogaſſe, non video æquitatem ullam, quæ pro temere litigante militet: Equidem allegat *Carpz. d. l. n.* 9. brocardica, *quod poſſeſſor plus juris habeat in retinendo quam actor in agendo, & quod is, qui poſſeſſionem habet, dicatur habere jus in re:* Sed poſterius notoriæ falſum eſt, prius autem male huc applicatur; quia potior cauſa eſt poſſeſſoris ſaltem ad eum effectum, ut liberetur ab onere probandi, non vero ut liberetur a reſtitutione expenſarum, ſi poſtea apparet eum calumnioſe poſſidere.

Atque pro hac ſententia in curia Halberſtadienſi judicatum, & victus, qui in ſummariiſſimo obtinuit, in expenſas condemnatus eſt, in cauſa Holtzapfel, contra Janſen, d. 13. Mart. 1704. Unde etiam plerumque expenſæ ſolent in ſententia reſervari usque ad finem litis in cauſa principali, *Martin. d. l. n.* 132.

Ex quibus ſimul apparet, quod talis poſſeſſor fructus perceptos omnino reſtituere teneatur, quicquid diſſentiat *Carpz. d. reſp.* 81. *n.* 1. *&* 2. quia æquitati naturali repugnat aliquem locupletiorem fieri ex re aliena: Neque allegari poteſt, poſſeſſorem bonæ fidei fructus ſuos facere. Nam hoc verum non eſt; Non quilibet bonæ fidei poſſeſſor fructus perceptos ſuos facit, ſed illæ tantum, qui titulo dominii translativo poſſidet, de quo late actum eſt ſupra *tit. de Rei vind. q.* 8.

Regula ante allegata (4) vera eſt & temere litigans expenſas litis ſolvit, etſi victus aut communem opinionem aut reſponſum Doctoris ſeu Facultatis Juridicæ pro ſe habeat, modo temeritas notoria ſit. *Mart. d. l. n.* 93. *& ſeq.*

Qv. XIV. *Quidnam circa moderationem expenſarum obſervandum?*

RESP. Expenſæ non ſimpliciter debentur victori, nec in infinitum hic illas petere poteſt, ſed ſemper arbitrio boni viri moderari debent, de quo vide late *Gail. L.* 1. *O.* 151. *Berl. p.* 1. *c.* 78. *Carpz. p.* 1. *conſt.* 31. *per tot. Mart. proceſ. tit.* 36. §. 1. Etſi forte victus in chirographo jurato propromiſerit, daß auf nicht erfolgte Bezahlung der Debitor alle Unkoſten ohne moderation, und wie ſolche der actor ſpecificiren würde, bezahlen wolle: *Lynck. in t.* 51. *C. epiſc. & Cler. aliique Dd. apud Berl. d. l. n.* 77. quia omne juramentum tacitam in ſe habet conditionem, ſi æque juratum fuerit, alias enim

enim res reducitur ad arbitrium boni viri *l.* 31. *ff. oper. lib. l.* 3. *C. dot. prom. Dd. apud Berlich. d. l. n.* 80. quicquid diſſentiat *Berlichius d. l. n.* 77. Quid ſi victor ſe ad jurandum offerat, ſe tantum expendiſſe? Equidem praxi Juris Saxonici expenſæ tunc absque moderatione refundi debent. *Berl. d. l. n.* 77. at neque tunc arbitrium judicis excludi puto.

Cæterum diſtinguuntur expenſæ in *judiciales* & *extrajudiciales*. Judiciales late recenſet, *Gail.* l. 1. *O.* 151. atque huc etiam pertinent, das Stempel-Papier, Bothen-Lohn, oder Inſinuation-Gebühren, Transmiſſions-Koſten: item ſumtus in ipſo moderationis termino adhibendi, v. g. pro ſententia moderatoria, qui etiam ſententia publicata adhuc peti poſſunt: (Diſſentit *Berl. d. c.* 78. *n.* 95. qui putat hos non deberi, ſi in ſpecificatione hos futuros ſumtus non expreſſerit, quia tandem litium finis eſſe debet). Hæ expenſæ judicales absque moderatione debentur. Atque hinc in Curia Halberſtadienſi formula ſententiæ hæc eſſe ſolet.

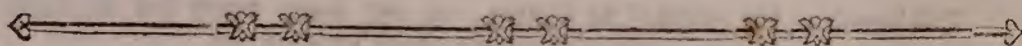
Daß liquidate die gerichtliche Koſten, ſo viel deren durch des Secretarii Hand belegt werden können, für voll zu entrichten ſchuldig ſey.

Extrajudiciales ſunt, ubi certum quantum lege non eſt definitum; huc pertinent die Advocatur-Gebühren, quæ reſtitui a victo debent, licet victor ipſe Advocatus ſuæ cauſæ fuerit, nam (1) operam hanc ob calumniam victi adhibere debuit, quod gratis facere non tenetur; forte enim utilius id tempus adhiberi potuiſſet. (2) ſi ipſe peritiam non habuiſſet, alium advocatum adhibere, eique precium operæ ſolvere debuiſſet *l.* 15. *C. Judic.* mea igitur peritia alterius calumniæ patrocinari non debet. Idque (3) ita ſtatuit *Bover. in ſingularibus. verb. expenſae. n.* 9. ac pro ea opinione judicatum eſt in Curia Halberſtadienſi in cauſa Wippermann, c. Poſewiz, An. 1709. Quicquid diſſentiat *Berl. d. c.* 78. *n.* 51. *ibique late Dd.*

Expenſarum numero non habentur (1) Arrha, *Gail. d. l. n.* 1. *ſeqq.* (2) Reiſe-Koſten, ſi advocatum habuerit, nec præſentia victoris præciſe neceſſaria ſit; uti Curia Halberſtadienſis pronunciavit in cauſa Kirchhof, c. den Magiſtrat Hohrenburg, An. 1709. & in cauſa Poſewitz, contra Wippermann, an. 1709. Conf. *Berl. p.* 1. *c.* 78. *n.* 45. *junct. n.* 74 (3) opera curatoris minoris, nam lex hoc onus defert; ita judicatum in cauſa Wolframsdorf c. Röſſing. (4) Si advocatus victoris petit dilationes, (5) ſi victor per nuncios ipſi reo abſenti mandata inſinuat, quæ ſine impenſis advocato præſenti inſinuare potuit, *in eadem cauſa.*

Olim jurare tenebatur victor ante moderationem, *l.* 15. *C. jud.* postea receptum fuit, ut prius taxentur expensæ & tunc juretur, *Nov.* 82. *c.* 10. *Auth. post jusjurandum C. de jud. Berl. p.* 1. *c.* 78. *n.* 67. Hodie id plane obsolevit; si tamen judex arbitretur id necessarium esse, pars detrectare non poterit. Atque ita in Camera Imperiali in gravioribus causis hodieque id exigitur. *Gail L.* 1. *O.* 151. *n.* 12. In terris Borussicis id plane locum non habet.

Contra sententiam moderatoriam non detur remedium suspensivum: idque in praxi Cameræ Electoralis notissimum est. Equidem in Curia Halberstadiensi ob enormissimam moderationem appellatio admissa fuit in causa Reindorfischer Erben, c. Marenholtz. Verum casus ibi fuit, ubi varii fuere processus inter partes, & victor omnium processuum expensas petiit, & ideo appellatum est. Cæterum communiter statuunt appellationi locum esse, *Berl. d. c.* 78. *n.* 94. *ibique late Dd. Carpz. p.* 1. *c.* 31. *def.* 18.



LIB. XLIX. TIT. XIV.

DE JURE FISCI.

Qv. I. *An fiscus actionem habeat contra debitoris sui debitores?*

Laut. pag 730. *verb. contra debitoris &c.*

Equidem regulariter actio creditori contra debitoris sui debitores non datur, sed speciale est in fisco: cujus rei rationem exposui *supr. tit. de Obl. & act. qu.* 1.

Qv. II. *An inter privilegia fisci quoque sit, quod non litiget, nisi in possessionem missus?*

Equidem insignis hactenus abusus invaluit, ut Principi seu fisco facultas concessa a Doctoribus fuerit, possessionem arripiendi, adversariumque dejiciendi &c. adeo, ut nec manutenentum turbatum putent, nisi simul titulum suum alleget. Unde flosculi illi, principem in his, quæ ei tanquam Principi competunt, non litigare sine possessione, *Stryk. Disp. de Necess. ed. tit. poss. c.* 4. *n.* 38. & turbatum contra Principem, pro quo præsumtio Juris militat, non esse manutenendum, *Stryk. d. c.* 4. *n.* 32. *& seq.*

At,

At, si dicendum, quod res est, perniciosa, & naturæ ac rationi quam maxime contraria hæc sententia videtur. Tuto, nos asserimus fiscum, qui turbat Nobilem vel venatione, vel in jurisdictione, prohiberi, & Nobilem v. g. turbatum in possessione manuteneri debere: quicquid dissentiat *Du. Stryk. d. c. 4. n. 4. 5. 6. 32. & seq.* Idque probatur (1) ex naturali ratione; dum enim Princeps negat, possessionem justam esse, possessor vero affirmat, tertius aliquis esse debet, qui de hac lite judicium ferat, quia lite pendente, omnia in statu, in quo sunt, relinqui debent. Atque hoc (2) disertis verbis ita traditur *L. 7. C. de Jure fisci.* ibi: *defensionis facultas danda est his, quibus aliquam inquietudinem infert fiscus: cum facultates eorundem adhuc controversia pendente inquietari describique, fas non sit: ubi ergo controversia exstiterit, fisco alicujus patrimonium vindicante, apud eum omnibus facultatibus constitutis cognitio ventiletur.* Et cum (3) in dicta *Lege* saltem excipiantur cæsariani ob præsumtam eorum fraudem, hæc exceptio firmat regulam in casibus non exceptis. Sed & (4) Imperatores rescripsere officiales eorum non nisi juxta Legum ordinem excipere, vel actiones intentare debere, *L. un. C. de Cond. & proc.* Neque (5) ratio ulla dari potest, cur Princeps sine possessione litigare non debeat. Sane ratio illa, quod præsumtio juris pro Principe militet, hunc quidem effectum in jure habet, quod transferat onus probandi in possessorem, non vero, quod Princeps turbare adversarium, eique, causa non cognita, possessionem eripere possit. Nam hoc modo (6) in arbitrio fisci foret, movendo alicui litem, licet calumniose, eum possessione pendente lite privare, quod sane iniquissimum foret. Neque (7) tanti interest Principis, utpote cum possessor, si durante lite in possessione maneat, ea finita, possessionem cum omni causa restituere teneatur.

Causa ergo erroris unica hæc est, quod doctores existiment, possessionem contra jus commune non esse manutenibilem, quæ tamen thesis (1) nullo textu, nullaque ratione probatur, quin (2) diserte contrarium statuitur in *L. 14. ff. de Prob.* ubi possessor libertinitatis, cui Jus Commune resistit, defenditur in ejus possessione contra eum, qui ingenuum se ait, sed & porro in *L. 8. §. 3. Si Serv. vind.* possessor servitutis declaratur ille, qui est in ejus quasi possessione, contra illum, qui servitutem negat, & pro quo præsumtio Juris militat. (3) Etsi præsumtio Juris pro principe militet, nondum tamen constat, numne illa præsumtio per titulum aliquem possessoris elidatur, hoc ipsum ergo examinari ac cognosci, & usque dum sententia de eo feratur, possessor in sua possessione defendi debet.

Processus ergo naturæ & legibus conveniens in hujusmodi causis hic est: Advocatus fisci libello exhibito denuntiat Titium venandi jus, jurisdictionem

 nem

nem &c. sibi arrogare, rogatque, ut is sub certa pœna eo jura uti prohibeatur: tum dies condicitur, utriusque rationes ad duplicas usque audiuntur; si possessor præter nudam possessionem nullum titulum allegat, privandus est possessione, *Stryk. d. Disp. c. 4. n. 4. & seq. n. 8. n. 16.* Nam (1) hic de petitorio constat, fundata enim est intentio fisci in Jure Communi; quoties autem de petitorio constat, frustra de possessorio disceptatur, *l. 1. pr. ff. Uti poss. L. 7. C. de Acquir. poss. Stryk. d. Disp. c. 3. n. 48. & seq.* Quin (2) hæc possessio in re aliena, quæ concessionem Principis supponit, vitiosa est, donec possessor titulum probet. Et hoc (3) est, quod Dd. dicunt, non dari purum possessorium contra Principem, sed mixtum, ita ut deductio tituli necessaria sit, *Stryk U. M. §. 28. tit. de Jurisdict. & Disp. de Nec. ed. tit. poss. c. 3. §. 35. & sq. ibique late Dd. Wolfg. Text. Disp. de Poss. Jurisdict. n. 16.* Quanquam hactenus nihil speciale in Principe sit, sed eadem ratio inter privatos obtineat, ut illi, quibus jus commune resistit, sola possessionis allegatione non manuteneantur. *Stryk. d. c. 4. n. 48.*

Si autem possessor præter possessionem titulum allegt, licet illiquidum, defenditur in possessione contra Principem, & possessor ad tituli probationem admitti debet. Vid. *Stryk. U. M. d. §. 23. & d. Disp. c. 4. n. 23. 53. & 54.*

Atque hinc, cum in Curia Halberstadiensi fiscus vindicaret Ermsleben, tanquam prædium domaniale, pendente lite, in possessione mansit possessor. Vid. Act. fisci, contra den von Hoym.

Eadem ratione cum fiscus jura venandi vindicaret, possessionem manutenebant possessores in causa Fisci, contra den von Assebutg.

Ast, cum Conventus Huysburgensis, cui fiscus circa jurisdictionem dubium movit, præter possessionem nihil allegaret, per sententiam prohibitum ipsi fuit jurisdictionis exercitium, in causa Fisci, nomine des Amts der Majoreh, contra das Kloster Huyseburg.

Qv. III. *An, deficiente hærede, fiscus, bona occupans, vel creditores, ad concursum provocantes, processum continuare, eumque reassumere teneantur?*

Laut. pag 723. verb. bona vacantia.

Equidem memini, sæpius actores, defuncto reo, quæstos fuisse, hæredes vel non esse, cum quibus litem continuarent, vel difficiles esse conventu, indeque inanem futuram actionem metuisse. Verum his satis in Jure prospectum est: nam hæredes edictaliter citandi sunt ad id, ut processum

cessum reassumant, si vel non comparent, vel nulli sunt, FISCUS hæreditatem jure bonorum vacantium occupare potest, *L.* 1. *L.* 4. *C. de Bon. vac. L.* 1. §. 2. *ff. de Jur. fisc.* (de cujus processu vid. *Dn. Par. in Disp. de Bon. vac. th.* 42. & 43. & *L. f. C. de Bon. vac. ibique Brunn.*) Qui, etsi verus hæres non sit, cum non in omne jus defuncti, sed bona saltem vacantia succedat, est tamen loco hæredis *Gail. L.* 2. *O.* 80. *n.* 6. & 8. *Dn. Par. d. Disp. th.* 45. Indeque creditoribus hæreditariis satisfacit, *L.* 1. §. *f. ff. de Cur. bon. arg. L.* 41. *ff. de Jur. fisc. L.* 13. §. 9. *de Pet. haered. Gail. d. l. Dn. Par. d. l.* & bona cum suo onere ac jure, quod eis cohæret, ad eum transeunt, *L.* 1. *pr. ff. de Success. edict. Gail. L.* 2. *O.* 130. *n.* 1. & *dict. Obs.* 80. *n.* 3. & *seq.* & *P.* 1. *O.* 21. *n.* 13. Indeque fiscus bonis ita vacantibus statim curatorem constituere debet, *L.* 1. *in f. ff. de Muner. L.* 8. *Quib. ex caus. L.* 1. §. 1. *ff. de cur. bon. ibique Gothofr. L.* 1. §. 13. *ff. de Collat.* Atque hic inventarium conficit, *Coccej. d. l.* rationes a tutore exigit, *ibid:* & *H. Pist. O.* 139. *n.* 3. sententia contra eum pronunciatur, *Gail. d. Obs.* 130. *n.* 4. *seq.* Cum ergo totus processus in fiscum devolvatur, necessario reassumere processum debet. Atque hic modus procedendi duabus sententiis præscriptus fuit in Curia Halberstadiensi, in causa **Büchtemanns**, contra Heinen, d. 25. Febr. 1706. & mense Decembri 1706.

Vel, si fiscus occupare bona nolit, CREDITORES in eorum possessionem ex primo decreto mittuntur, *L.* 5. *L.* 6. *c. de Bon. aut. jud. Gail. L.* 2. *O.* 130. *n.* 4. 5. 8. & 9 quam vel major pars creditorum petit, *L.* 2. *de Cur. bon. L. f. C. Qui bon. ced. Coccej. de Bon. vac. th.* 43. vel ipse Judex ex officio dat, *Dn. Par. d. l. Gail. d. O.* 130. *n.* 2. & hic curator, qui vel a creditoribus procedit, vel a judice ex officio constituitur, uti ante de fisco dictum, isque est loco hæredis, bona cum onere in ipsum transferuntur, creditoribus hæreditariis satisfacit, *L.* 1. §. *f. de Cur. bon.* totusque processus, adeoque & instantia in eum devolvitur. Unde necessario sequitur, hujusmodi quoque curatori reassumendi necessitatem incumbere, atque hoc quoque ita præscriptum fuit in eadem causa Büchtemann, contra Heinen: idemque in causa Rostischer Erben, contra Wiesische Erben, d. 6. Dec. 1706. decretum est

Qv. IV. *Quomodo differant bona fiscalia & domanium? Ubi demonstratur, domanium, ab antecessore alienatum, a successore revocari posse?*

Alia sunt bona REGIS; alia REGNI, *L.* 3. *C. de Quadr. praescr.* ILLA sunt, quæ ex privato titulo, vel pacto, vel ultima voluntate vel præscriptione Princeps quæsivit. Eaque bona & actus communem Legum

Laut. pag. 731. *verb. alienatione.*

gum regulam ſequuntur, *Grot. L.* 2. *c.* 14. §. 1. 2. *&* 5. HÆC conſiſtunt in ipſa ſubſtantia regni, & quaſi in fundo illo publico cum omnibus juribus & acceſſionibus, eaque dicuntur bona CORONÆ ſeu patrimonium Imperii, quod conſiſtit in terra Imperiali, eique inhærentibus juribus, regalibus, &c. *Dn. Par. Jus publ. c.* 9. §. 16. *&* 17. quæ nulla ratione alienari poſſunt, *Brunn. Conſ.* 1.

At *reditus*, qui ex hoc patrimonio Imperii veniunt, iterum duplices ſunt, & VEL pertinent ad defenſionem reipublicæ, VEL ad conſervationem dignitatis Imperialis, v. g. Familiæ Ducalis, menſæ ſuſtentationem, aulæ ſplendorem &c. ILLI non dependent a diſpoſitione Principis, nec aliter eos, quam ad utilitatem & neceſſitatem reipublicæ impendere poteſt, *Dn. Par. Jus publ. c.* 9. §. 18. HI dependent ex arbitrio Principis, utpote cujus diſpoſitioni relinquitur, quantum dignitati & familiæ ſuæ impendere velit, vel nolit. *d.* §. 18.

Hæc differentia & bonorum & redituum ex ipſa naturali fluit ratione: quod uti de *bonis* extra omne dubium poſitum eſt, ita & de duplici illo *reditu* evidenter id apparet. Nam reditus ad defenſionem rei publicæ ſuppeditandos eſſe, ex medii neceſſitate probatur, quia Imperia ſine hujusmodi ſubſidio conſervari, ac ſubditi aliter ſalvi eſſe non poſſunt. Unde univerſum Imperium & opera, & opibus contribuere ad Imperii defenſionem tenetur, *Grot. L.* 1. *c.* 5. §. *pen. & ult. Item L.* 2. *c.* 26. *per tot.* Id quod Romani JCti bene obſervarunt, dum duplicia munera, realia & perſonalia, ſubditis impoſuere, *tot. tit. ff. de Mun. & hon.* Sed reditus ad ſuſtinendam dignitatem ac menſam Principis ex imperii reditibus deſumendos eſſe, certum eſt, tum quia Princeps non gratis, nedum ſuis, ſed ejus ſumtibus, cujus negotium eſt, adminiſtrationem perficere, ac Imperii dignitatem ſuſtinere debet, imprimis cum cives jus in operas Principis non habeant; tum, quia absque hujusmodi ſumtibus dignitas & ſplendor imperii conſervari nequit.

Sed & Jure Civili, quod ad normam Juris naturalis compoſitum eſt, duplices illi reditus ſolicite admodum diſcernuntur, illique reditus, qui ad defenſionem reipublicæ ſpectant, ÆRARIUM dicuntur, reliqui vero FISCUS.

ÆRARIUM ergo publicum eſt, eique præeſt Comes ſacrarum largitionum, *L.* 14. *C. Palat. L.* 15. *C. de ſuſcept. L. un. C. de Ponderat.* qui Comes theſaurorum dicitur, *L.* 2. *Ut in ord. dign. ſerv.* & diſtinguitur a Comite rei privatæ, *ibid.* Olim Quæſtores præerant, *Klock. de Contrib.*

trib. L. 1. *c.* 2. *n.* 25. poſtea Prætores, *ib. n.* 31. *Suet. in Aug. c.* 36. Mox revocati Quæſtores, *Suet. in Claud. c.* 24. tum ſecuti Ædiles, *Klock. de l. n.* 32.

FISCUS vero quodammodo privatum jus eſt (quanquam ſubſtantiæ privatæ Principis opponatur, *L.* 3. *C. de Collat. fund. fiſc.*) hinc ærarium vocatur, *L.* 4. *C. de Fund. Patr. L.* 2. *eod. L.* 7. §. 5. *eod. L.* 5. *de Bon. Vac. L.* 7. §. 5. *C. de Delat.* at privatum, *L.* 1. *C. de Quaeſt. Goth. ad L.* 2. *C. Ut ord. in dign.* Unde etiam Committi rei privatæ ſubeſt, *L.* 3. *C. de Collat. fund. L.* 5. *C. de Bon. Vac.* & pro lubitu alienari, uti privata ſubſtantia, poteſt, per text. expr. in *L.* 4. *de Quadr. praeſcr.*

Hinc duplex ærarium, publicum & privatum, *L.* 1. *C. de Quaeſt. Goth. ad L.* 2. *Ut ord. in dign.* duplex Comes, *d. L.* 2. duplices Palatini, *tot. tit. Rubr. & L.* 9. *L.* 14. *C. de Palat.* ſcil. ſacrarum largitionum, & rerum privatarum. Ita diſtinguit ærarium & fiſcum *Suetonius in Veſp. c.* 16. *Plin. in Paneg. ad Traj.* cujus verba refert *Dn. Par. in J. Publ. c.* 9.

Ex hoc *fiſco* comparabat Princeps omnia neceſſaria, & quæ ad ſuſtinendam dignitatem requirebantur, *Goth. ad rubr. C. de Can. largit. tit.* Neque certa prædia ad menſæ utilitatem addicta tum fuere, atque hinc de eo uti de privata Subſtantia diſponere, *L.* 4. *C. de Quadr. Praeſcr.* neque ita alienata a ſucceſſore revocari poterant, *arg. d. L.* 4.

Eadem quoque ratio olim in Germania obtinebat: Principe enim Imperii reditus feudales ſui Principatus adhibebant ad menſæ familiæque ſuſtentationem, & commoda lucraque fiſcalia eo conferebant; Cum vero non ſufficerent hi reditus ad Principis ſuſtentationem, tractu temporis Status Provinciales, vel ipſi Principes certa prædia deſtinarunt, ex quorum reditibus ſumtus ad menſam neceſſarii deſumerentur: Unde vulgo bona domanialia (quæ vox ex Jure Civili, ubi res dominicæ ſæpius occurrunt, originem traxiſſe videtur, *Schilt. Inſt. J. publ. L.* 2. *t.* 1. §. 11.) vocantur.

Domanium ergo conſiſtit in reditibus certorum prædiorum vel jurium, quæ vel ab ipſo Principe, vel Statibus Provinciarum, vel quolibet alio ad id deſtinata ſunt, ut ex eorum reditibus menſa Principalis inſtruatur.

Conſtituitur autem domanium (1) *Pacto*: Si *vel* Princeps pia intentione feudum forte ſibi apertum, vel pecunia ſua comparatum, ad perpetuos ſucceſſorum uſus deſtinet: *vel* ſi Status Provinciales prædia quædam menſæ

Principali addicant: *vel* denique si quilibet privatus de re sua cum tali lege disponat.

(2) *Ultima voluntate*, si iidem, v. g. per legatum, prædium aliquod in usum successorum relinquant.

(3) *Usucapione & praescriptione*, si scilicet Princeps rem alienam bona fide & justo titulo, longoque tempore continuo possideat; vel si absque bona fide & justo titulo per 30. annos rem tanquam domanialem teneat. Non ergo statim bona fiunt domanialia, si forte Princeps per plurimos licet annos feudum apertum, aut bona vacantia ad mensæ instructionem adhibuerit, eaque rationibus domanialibus inseri curavit, nisi & destinatio vel præscriptio appareat.

Hinc jam facilis est decisio celebris quæstionis, an successor bona domanialia ab antecessoria alienata, revocare possit? Sane, si bona illa unquam Principali mensæ destinata fuisse, probari potest, affirmanda omnino erit quæstio: nam (1) in his bonis præter usum nihil ad Principem pertinet, adeoque nudus administrator & fructuarius est, qui de Substantia rei nulla ratione disponere potest. Hæc enim substantia (2) ad provinciam pertinet, & hactenus res aliena est, quam nemo, nec naturali ratione, alienare potest. Sed & (3) successoribus singulis jus reditus ex his bonis percipiendi quæsitum est, ex pacto primorum constituentium, quod ipsis facto antecessoris auferri nequit. Quæ etiam (4) ratio est, cur nec feuda antiqua in præjudicium agnatorum alienari queant. Sed & (5) licet successor nihil moveret, ipsa tamen Provincia, ejusque Status dominum in ea re sibi competens, a quocunque possessore vindicare poterunt.

Neque Obstat, hæredem factum defuncti præstare debere.

Resp. Præstare omnino tenetur, hactenus, ut omne id, quod interest, ei evincat, non vero, ut præcise rem ei relinquat, de quo plenius infra. (Atque ita res decisa est in Curia Halberstadiensi, in causa Fisci, contra den von Stryska, in puncto des Hauses Reindorf.)

Atque hæc alienatio rei domanialis nulla est, (1) etsi permutatione alia res in ejus locum surrogata fuerit, quia res aliena uti nec alienari, ita nec permutari potest: *in eadem causa.*

Sed & (2) ampliatur ea regula, ut vera sit, etsi ob bene merita alienatio facta fuerit: nam (α) remuneratio non potest de re aliena fieri; nec (β) de

de re ad alios usus, mensæque utilitatem destinata; imprimis cum (γ) alia sint præmia, quibus bene merita ornari solent, scil. officia, dignitates equestres, feuda, præbendæ &c. (Quanquam contrarium in contradictorio in dicta Curia obtinuerit in causa Fisci, contra Pflügern.)

Neque Obstat, administrationis quoque munus esse, bene merita remunerare.

Resp. Falsum, si bona ad alium usum reipublicæ, aliumque finem destinata sunt, & si alia remunerationis media adsint.

Certum ergo est, successorem rem domanialem, ab antecessore alienatam, revocare posse. At anne possessorem indemnem præstare successor tenetur?

Resp. *Si haeres est* alienantis, & alienatio facta est titulo oneroso: (in lucrativa enim causa alienans evictionem non præstat, *L.* 62. *de Ædil. Ed. L.* 18. §. *f. ff. de Donat.*) omnino omne id, quod interest, ei præstare tenetur, *tum* ex generali & notissima illa regula, quod hæres repræsentet personam defuncti, indeque ejus factum præstare debeat, *tum*, quod contra naturam esset, si hæres simul & rem, quam vindicat & pretium, quod in bonis defuncti est, retinere, & sic cum alterius jactura & damno locupletior fieri vellet. (Atque ita ad relationem regiminis Halberstad. Serenissimus rescripsit in causa fisci, contra den von Strynska.) Anne vero successor rem ipsam relinquere possessori tenetur? Ita sane statutum est Lege Civili, *L.* 14. *C. de R. V.* ubi hæres rem suam a defuncto alienatam vindicans repellitur exceptione doli. At aliud est in Principe vindicante, hic enim, cum vi officii teneatur, ejusmodi bona, non ad se, sed ad rem publicam pertinentia, vindicare, dolo agere non videtur; indeque doli exceptione repelli non potest. Si vero *haeres non est*, nulla ratione possessor indemnitatem a successore impetrare potest: successor enim suo jure vindicat, nisi pretium in principatus utilitatem erogatum probetur. Nullum ergo aliud subsidium ejusmodi successori superest, quam ut alienantis hæredes allodiales ad præstandam evictionem juris remediis compellat.

Ultimo loco notandum, hanc qualitatem domanialem nec consensu Statuum Provincialium mutari posse, quia, uti in feudo, ita & hic singulis successoribus jus ex pacto & providentia primorum constituentium quæsitum est quod facto Statuum ipsis auferri nequit: nisi vel aliud prædium ejusdem valoris substituant, vel res valde dubia sit, & transactione lis decidatur; nam etiam tutor, *L.* 54. §. *f. L.* 56. §. 4. *de Furt. L.* 47. §. *f. de Adm. tut.* junct.

 L. 35.

L. 35. *de Jurej.* & adminiſtrator generalis. *L.* 17. *in fin. de Jurej. L.* 12. *de Pact. L.* 58. *de Procur.* de re dubia tranſigere poſſunt.

Appendicis loco quæri poteſt: an immemoriali poſſeſſione bona domanialia acquirantur? Negant *Dd. apud Lynck. Cent.* 18. *dec.* 1202. *Roſenth. C.* 4. *concl.* 29. *n.* 10. *Klock. Vol.* 4. *c.* 80. *n.* 229. *ſeq. Chriſt. IV. dec. Belg* 83. *n.* 3. *Charond.* 2. *Reſp.* 1. Affirmant *Lynk. d. l. Chriſt. d. l. Carpz. L.* 1. *Reſp.* 38. *n.* 11. *Weſenb. Conſ.* 45. *n.* 22. *C.* 26. §. *Praeterea X. de V. S.* Ego, fruſtraneam hanc eſſe quæſtionem, puto; Si enim initii memoria in contrarium non exſtat, poſſeſſor non ex immemoriali poſſeſſione rei domanialis tutus eſt, ſed ideo, quia fiſcus qualitatem domanialem non probavit, & quia alia, quam præſentis poſſeſſionis non domanialis memoria, non exſtat.

Atqui jura publica & res Principis, 40. annis præſcribuntur.

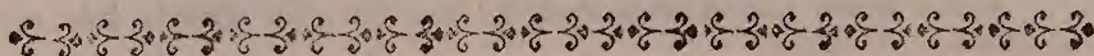
Resp. Hic non eſt res Principis, ſed reipublicæ, cui ex negligentia Principis præjudicium fieri non poteſt.

Qv. V. *An poſſeſſor rei domanialis etiam fructus perceptos reſtituere teneatur?*

Dixi in præcedenti quæſtione, ſucceſſores rem domanialem ab anteceſſore alienatam vindicare poſſe a quocunque poſſeſſore: At talia quæſtio eſt, an poſſeſſor quoque fructus perceptos reſtituere teneatur? quod videtur negandum, quia bonæ fidei poſſeſſor eſt, qui jure Civili lucratur fructus, *L.* 48. *pr. de A. R. D.* At ego contrarium verius puto, ſi poſſeſſor, in quo alienatio facta eſt, ſciverit (ſi enim neſciverit, juſtus erit titulus, indeque omnes acquirit fructus *d. l.* 48. *pr.*) qualitatem domanialem. Nam licet ſit in bona fidei tamen titulus eſt ipſo jure nullus, quo caſu nec bonæ fidei poſſeſſor lucratur fructus. *Vid. ſupr. tit. de Rei vindic. q.* 8. Atque hinc etiam ad fructuum reſtitutionem poſſeſſor condemnatus fuit in cauſa fiſci c. **Hoym**, in puncto **Ermsleben**.

Ubi tamen bene notandum, vindicantem non niſi ex eo tempore, quo ipſe vel ejus anteceſſores, quorum hæres eſt, jus agendi habuere, fructus rei domanialis repetere poſſe: Cum enim hi fructus unicuique Principi jure dominii acquirantur; indeque ad allodium pertineant, ſucceſſor Imperii eos repetere nequit, niſi & hæres ſit. Atque hinc familia de Hoym, etſi jam an. 1628. condemnata fuerit ad reſtituendum Epiſcopis terram Ermsleben, tamen Sereniſſimo, longe poſt executionem rerum judicatarum poſtulandi, fructus non niſi ab Anno 1648. adjudicati fuere, quia ex eo demum

demum tempore Episcopatus ei cessit, præteriti autem temporis fructus quæsiti fuere Episcopis.



LIB. XLIX. TIT. XV.

DE CAPTIVIS ET POSTLIMINIO, ET REDEMTIS AB HOSTIBUS.

QV. I. *An, occupato chirographo, ipsum debitum videatur occupatum?*

RESP. Distinguendum est, an debitum *publicum* sit, an *privatum*: *Illo* casu victor uti omnia jura publica Imperii, ita & debita publica, quæ pars ærarii sunt, acquirit, *Alber. Gent. L.* 3. *c.* 5. Atque hinc valida erat dispositio Alexandri Magni, qui Thebarum chirographum Thessalis donavit, nec Thebani, postea a Cassandro restituti, potuere repetere chirographum jure postliminii, *Quintil. Inst. orat. L.* 5. *c.* 10. *Ærod. Rer. jud. L.* 2. *t.* 3. *c.* 2. *&* 3. *Grot. L.* 3. *c.* 9. §. 9. *n.* 1. *Hoc.* casu victor non acquirit jura privata, sed hæc post victoriam integra manent civibus, *Dn. Par. Disp. de Jur. vict.* §. 32. Unde male Cæsar Flavii nomen Dytrachinis donavit, *Quint. d. l. Ærod. d. l. Euala L.* 1. *c.* 5. *in fin. Hottom. Illustr. qu.* 5. hoc enim debitum Flavio privato debeatur, quod jus privatum erat, indeque sub jure victoriæ non continebatur: uti hæc latius explicantur a *Dn. Par. in d. Disp.* §. 33. **Laut. pag. 732. verb. *neque chirographo.***

OBJ. Quod incorporalia capi non possint.

RESP. Immo per victoriam omnia jura acquiruntur, *d. Disp.* §. 33.

OBJ. Quod vi ablatum sit debitum.

RESP. Sed vi justa, scil. bello.

OBJ. Quod Cassander jure postliminii Thebanos restituerit.

RESP. Post victoriam cessat postliminium, omnisque controversit, quia omne jus in victorem transit. Hic ergo victor de jure suo disponere potest, & jus semel Thessalis quæsitum erat, quod eis auferri postea facto Cassandri non potuit.

Obj. Quod debitum hoc omnibus civibus Thebanis debitum fuerit; omnes autem non fuere in poteſtate Alexandri.

Resp. Immo nulli Thebanorum debitum fuit, ſed civitati, hæc erat in poteſtate Alexandri.

Alia, quæ objciuntur apud *Quintil. d. l.* vix merentur allegari. *Vid. Diſp. d. l.*

Qu. II. *Quo ſenſu jus poſtliminii in pace obtineat?*

Resp. Præmittendum eſt, pace ſimpliciter facta, non contineri transactionem de damnis ac injuriis, pendente bello factis: nam pax ſaltem eſt transactio de belli cauſis; aliud autem ſunt injuriæ, ac damna, quæ bello fiunt, aliud belli cauſæ. *Vid. late Diſp. Dn. Par. de Amneſtia, Sect.* 1. §. 8. *& S.* 2. §. 28.

Unde ſi res vel perſonæ, durante bello, ab hoſte captæ, intra fines noſtros, pace inita revertantur, priſtinis dominis priſtinoque juri reſtituuntur, quia ex noſtra parte aſſeritur, injuria eas eſſe ablatas, quod judicium intra fines noſtros, ubi tunc res, vel perſonæ ſunt, valet: quæ eſt ratio Juris Romani in *L.* 19. *pr. ff. de Capt. & poſtl. Dn. Par. d. Sect.* 2. §. 1. Neque alter habet, de quo queratur; quia de damnis & injuriis transactum non eſt, nec in pace aliquid de iis dictum, *d. Sect.* 2. §. 28. (Idem ſi res, vel perſonæ, ad ſocios & amicos, quin ad illos, qui in bello medii ſunt, redeant, *d. S.* 2. §. 2. *& ſeq.* illorum enim judicio injuria ablatæ ſunt, horum judicio uterque agit.)

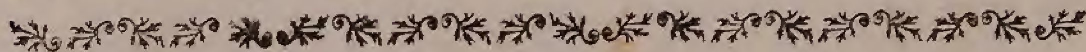
Idque diſerte ita traditur in *L.* 5. §. 2. *de Capt. & poſtlim. etiam in pace, quod ex noſtro ad aliam Gentem pervenit, ejus fieri, & civem noſtrum, ab iis captum, ſervum fieri,* & vice verſa: *eoque poſtliminium utrinque eſſe &c.* atque ex *Ælio Gallo* id probat *Grot. L.* 3. *c.* 9. §. 3. & §. 18. Adeoque hoc jus ex vero Gentium jure, non ex Seculi illius barbara conſuetudine, libertateque prædandi, uti *Grot. d. l.* putat, originem trahit.

Exc. Si Amneſtiæ clauſula ſit adjecta, *dict. Diſp. Sect.* 4. 5. *&* 6. quæ eſt eorum, quæ durante diſcordia hoſtiliter ultro citroque facta ſunt, publice ſancita oblivio, *d. Diſp. S.* 4. §. 2. tunc enim etiam de injuriis transactum eſt. Atque hoc in terminis ita traditur in *d. L.* 5. §. 2. ibi: *eoque poſtliminium ibi eſſe, niſi hoſpitium vel amicitia contracta ſit.* Atque hinc non

Obst.

OBST. *L. 7. in pr. de Capt. & postl.* ubi negatur, cum liberis & fœderatis postliminium esse.

RESP. Loquitur de fœdere, quo amicitiæ pactio comprehensa fuit, quod ex §. *seq.* apparet, *d. Disp. S.* 2. §. 31. *S.* 5. *p.* 5. *seq.*



LIB. L. TIT. I.

AD

MUNICIPALEM, ET DE INCOLIS.

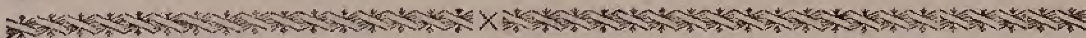
QV. *An incolae cogantur ad munera publica?*

AFFIRM. quia omnes, qui in territorio commorantur, operis & opibus rempublicam defendere tenentur; idque ita traditur in *L.* 29. *h.* *Laut. pag.* 736. verb. *incola.*

OBJ. *L.* 3. *C. de Incol.* ubi commorantes in aliquo territorio, velut incolæ, ad munera subeunda non adstringuntur.

RESP. (1) Sensus est, quod advenæ, qui in territorio civitatis degunt, non adstringantur, velut adstringuntur incolæ.

RESP. (2) Loquitur de incolis, qui in territorio, i. e. agro civitatis, commorantur; hi enim immunes sunt a muneribus, per *L.* 35. *ff. Ad Mun.* junct. *L.* 239. §. 2. *de V. S.*



LIB. L. TIT. V. & VI.

DE

VACATIONE ET EXCUSATIONE MUNERUM ET DE JURE IMMUNITATIS.

QV. I. *An aetas demum 70. annorum excuset a muneribus personalibus?*

AFFIRMATUR, *L.* 2. §. 1. *de Vacat. mun.* verb. *a muneribus tantum civilibus. L.* 3. *ff. de Jur. imm.* ibi: *majores septuaginta annis a tutela & muneribus vacant.* Item dicitur de tutela in §. 13. *Inst. de Excus. tut.* *Laut. pag.* 739. verb. *anni LXX.*

OBJ.

Obj. *L. 3. C. Qui aet. vel prof.* ibi: majores 55. annis invitos ad munera personalia vocari non posse.

Resp. Alii, loqui textum de muneribus, cum dignitate conjunctis, putant; Alii pro 55. legunt 75. *Dn. Berger h.* Alii pro 55. substituunt 70. *Cuj. ad d. l. 3.*

Qu. II. *An praescriptione immemoriali quis immunis fiat a collectis?*

Laut. pag 739. verb. præscriptionem.

Meam de hac re sententiam jussu publico aliquando exposui. Rem non ingratam lectori me facturum puto, si rationes ejus sententiæ hic inseruero.

Untersuchung der Frage:

Ob die immunitas a Collectis durch eine Possessionem immemorialem acquiriret werde?

§. 1.

Daß durch eine Immemorial-Possession auch die Freyheit und Immunität von denen Oneribus publicis, insonderheit aber von denen Collecten, acquiriret werde, erhellet

§. 2. (1) Aus der Natur und Eigenschaft der Immemorial-Präscription, welche alsdenn statt hat, quando præsentis possessionis in Contrarium non exstat memoria:

L. 3. §. 4. ff. de Aqu. quot. C. 1. de Praescr. in 6. und *C. 26. §. Praeterea. X. de V. S.*

Nemlich, wenn man sich nicht erinnert, daß die Güter jemahls unter die Contribution gezogen worden, und wo man also nicht anders vermuthen kann, als daß dieselbe ehemals titulo oneroso oder privilegio eximirt worden.

§. 3. Nachdemmalen (2) vermuthlich ist, daß ein Possessor nicht ohne Ursach so lange und undenckliche Jahre die Exemtion würde genossen haben, noch anfänglich von dem Catastro würde befreyet seyn blieben, wenn er oder dessen Vorfahren nicht einen justum exemtionis titulum vor sich gehabt hätten; Insonderheit

derheit da leicht geschehen kann, daß nachhero etwa die darüber haftende Briefschaften verlohren gegangen seyn.

§. 4. Dahero dann (3) wohl seyn kan, daß etwa diese Aecker vor diesem von einem Ritter-Guth zu Afterlehn gegeben, mithin dieserwegen von dem Onere Contributionis befreyet worden; Gestalten dann in denen meisten Lehn-Briefen viele Hufen Landes mangeln, worvon zwar noch aniezo die völlige Ritter-Dienste præstiret werden müssen, ohngeacht man von denen mangelnden Stücken, und quo Jure dieselbe davon gekommen, keine Nachricht findet; In mehrerer Erwägung, da die meiste Briefschaften der Adelichen tempore belli im Feuer aufgegangen.

§. 5. Es könnte auch (4) seyn, daß ein Vasallus einige von seinen Ritter-Aeckern Consensu Domini alieniret, und erblich verkauft, die Lehn-Pferde aber dennoch völlig auf dem Guth behalten, und die Ritter-Dienste auch wegen der alienirten Stücke zu übertragen versprochen hätte: Gestalten den dergleichen Pacta noch täglich celebrirt werden.

§. 6. Endlich und (5tens) so kann auch seyn, daß Bona Ecclesiæ, welche überall frey seyn, an einen andern Jure emphiteutico, perpetuæ Coloniæ, oder wohl gar alienatione gekommen, und die Nachrichten davon verlohren wären.

§. 7. Weil also (6) unterschiedliche Casus seyn und vorfallen können, wodurch die Immunitas ihren Ursprung herführen kann, und aber vermuthlich ist, daß dergleichen justus Titulus vorher gegangen seyn müsse, weil von undenklichen Jahren her der Exemtus mit Abforderung der Steuern befreyet worden, so wird diese durch eine immemorialem Possessionem beståttigte Præsumtion pro justo Titulo gehalten:

§. 8. Atque hinc in Jure Civili quoque vetustas vicem Legis tenere indeque servitus aquiri dicitur;

L. 1. §. 23. & L. 2. pr. de Aqua & aqua pluv.

& ductus aquæ, cujus origo memoriam excessit, Jure constituti loco habetur;

L. 3. §. 4. ff. de Aqu. quot.

§. 9. Da auch (7) ohnstreitig ist, daß per Privilegium, vel ob bene merita, vel ex alia justa causa die Immunität a collectis erhalten werden kann;

Mev. P. 7. *Dec.* 143. *n.* 11. & *Dec.* 33. *n.* 8.

Warum sollte dann solche auch nicht durch eine undenkliche Possession erlanget werden, utpote quæ vicem Legis tenet, & quæ instar tituli ac privilegii est.

Klock. de Contrib. c. 1652. *n.* 7. & 11.
Link. Cent. 12. *Dec.* 1144.
Barb. L. 14. *c.* 85. *ax.* 26. & 27.
Schneid. d. l. n. 31.

Atque hinc præscriptio immemorialis dicitur esse instar contractus & pacti expressi;

Linck. d. Dec. 1169. *in fin.*
Barbos. d. c. 85. *ax.* 26. *ibique Dd.*

Imo plus operari, quam pactum expressum;

Gloss. apud Barbos. ibid.

Esse eam instar expressæ concessionis;

Lynck. Cent. 7. *Dec.* 654.

& certæ scientiæ;

ibid. Alex. 5. *Cons.* 24. *Molin. L.* 2. *de Primog. c.* 6. *n.* 13.
Reinck. d. l. n. 17. *ibique late Dd.*

instar tituli,

L. 3. §. *Aquaeductus &c. ff. de Aqua & aq. cot. C.* 1. *X. de Præscr.*
Lynck. Cent. 3. *Dec.* 202.
Gail. L. 2. *O.* 21. *n.* 15.
Myns. Cent. 1. *O.* 30.
Reinck. L. 1. *cl.* 5. *c.* 2. *n.* 17. *seq.*
Barbos. d. ax. 26.
Schneid. Rubr. Quot sunt genera præscr. tit. de Usucap n. 31. & *seq.*

& instar legis scriptæ ac consuetudinis,

Barbos. d. l.

ac habere vim constituti; *ibid.*

§. 10.

§. 10. Und ob schon (8) scheinet, als wann Justinianus diese Praescriptionem immemorialem in materia Collectarum aufgehoben, und in *L.* 6. *C. de Praesc.* 30. *ann.* davor gehalten habe, quod nec 40. nec plurium annorum, nec cujusque temporis præscriptio, contra tributa, publicasque collationes, allegari possit; So giebt doch der Contextus, daß der Justinianus zwar præscriptionem 40. & plurium annorum aufhebe, aber nicht die immemorialem, nachdemmalen derselbe offenbar von einem Guth spricht, *cui civilis canon, vel publica collatio imposita est*, adeoque de quo constat, esse tributarium, diese Qualitas tributaria nun kann durch eine vierzigjährige und längere Præscriptionem nicht aufgehoben werden. Wann aber niemals Tribut von einem Guth gegeben worden, mithin der Possessor von undenklichen Jahren in der Freyheit gelebet; So ist zu vermuthen, daß derselbe justo Titulo solche Freyheit hergebracht habe, dahero vorgedachter Textus auf diese immemorialem possessionem contra expressa verba & rationem nicht gezogen werden kann;

§. 11. Es besagen vielmehr (9) die Canonische Rechte, quod etiam pedagia, quidagia, salinaria, quæ longa consuetudine, cujus initii memoria non exstat, possessa fuere præscribantur,

C. 26. §. *Praeterea. X. de V. S.*

§. 12. Ja es besagen (10) selbst die Reichs-Gesetze, daß die Immunität von denen Reichs-Steuern immemoriali Præscriptione acquiriret werden können;

R. I. de ann. 1548. §. Und soll. *&* §. Im Fall.

§. 13. Und kann (11) nicht gesaget werden, argumentum ab oneribus Imperii ad onera subditorum non valere, cum illa ex consensu Statuum, non tanquam a subditis debeantur, hæc vero ex ipsa Naturæ lege subditis injungantur: Nachdemmalen in dicto Recessu Imperii ausdrücklich auf die Rechte provociret wird: ibi: wie in solchen Fällen recht ist, *praescribi*ret, & mox: *legitime praescribi*ret; Dahero dann klärlich erhellet, daß diejenige, welche ab immemoriali tempore die Freyheit besessen, nicht ex Consensu Statuum, sondern aus denen gemeinen Rechten, und weil es in solchen Fällen Rechtens ist, bey der præscribirten Immunität geschützet werden. Wiewohl ohnedem auch die angeführte Ratio differentiæ von schlechter Gültigkeit ist, weil die Stände intuitu des Reichs, zu dessen Conservation und Schutz als Glieder nicht ex Consensu, sondern ex Naturæ lege zu con-

 curriren

curriren schuldig seyn, weil sie den Schutz des Reichs geniessen, ob schon das Quantum mit ihrem Consens definiret werden muß.

§. 14. Und diese Doctrinam behaupten (12) die bewährteste Rechts-Lehrer; Nam eam in forum curiasque esse deductam, ait *Mev. P.* 8. *dec.* 312. & Doctores communiter ita sentire, docet *Lynck. in Disp. de Catastro, c. f.* §. 3. und finden sich Præjudicia bey dem *Mev. d. Dec.* 310. 311. 312. *& P.* 4. *dec.* 210. *n.* 3. *Linck. cent.* 12. *dec.* 1169. etsi acriter dissentiat *idem in Disp. de Catast. c. f.* §. 3. nec non *Thomas. in Disp. de Praescr. ad regal. Princ. non pert. c.* 3. *per tot.*

Struv. Ex. 43. *th.* 24. *ibique Müll. lit.* γ.
Klock. de Contribut. cap. 16. *Sect.* 2. *n.* 100.
Barbos. L. 14. *c.* 85. *ax.* 27. *& L.* 9. *c.* 17. *ax.* 18. *in f.*
Mynf. Resp. 1. *n.* 70.
Natta Conf. 406. *n.* 21. *&* 66.
Tabor part. 3. *de Metat. S.* 2. *c.* 1. *n.* 7. *&* 11.
Cravet. de Antiq. temp. p. 1. *v.* 1. *n.* 43.
Mod. Pist. c. 4. *n.* 30. *v.* 1.
Schrad. de feud. p. 10. *n.* 238.
Molin. de Major. D. 580. *n.* 3.
Wintzler de Collect. Q. 8.

§. 15. Worbey (13) wohl zu beobachten ist, daß diese Lehre alsdann nur wahr sey, wann ein förmliches Catastrum einmal errichtet ist: Und nach langen Jahren jemand wider die bisherige Freyheit ad catastrum gezogen werden will: Es hat aber eine ganz andere Beschaffenheit, wenn kein förmliches Catastrum vorhanden, sondern, wie vor diesem geschehen, die Anlagen nicht auf die Aecker, sondern auf die Personen seyn gemacht worden: In solchen Fällen hat keine præscriptio immemorialis statt; (1) Weil niemals in contradictorio von dem Acker die Steuern gefordert worden, und also keine possessio libertatis ad effectum præscriptionis vorhanden ist. (2) Weil die præsumtio generalis Naturæ & Statuti gegen den Possessorem militiret, indem er den Schutz des Landes geniesset, und also auch darzu contribuiren muß. Und dahero dann (3) in diesem Falle diejenige possessores, welche von dem neu zu conscribirenden Catastro eximiret seyn wollen, ihre libertatem durch documenta erweisen, oder gewärtigen müssen, daß ihre Güther ad Catastrum gezogen werden.

§. 16.

§. 16. Obst. 1. Daß alle Güther im Lande, welche dessen Schutzes geniessen, auch darzu contribuiren müssen, dahero dieselbe entweder Ritter-Dienste oder Steuer zu entrichten verbunden seyn.

Resp. Es hat diese Regel ihre völlige Richtigkeit; Sie leidet aber einen Abfall, si subditus speciali privilegio vel titulo, qualis quoque est immemorialis possessio, immunitatem ab illo onere acquisiverit.

§. 17. Obst. 2. Daß gleichwohl die Natur selbst die Unterthanen zu Beytragung der Contribution verbinde, einfolglich sich Niemand davon eximiren könne, weil er aufhören würde ein Unterthan zu seyn;

Huber. de J. Civ. c. 1. S. 3. c. 9. n. 7. Werlhof. de Al. & Concess. regal.

Resp. Die Pflicht eines Unterthanen bestehet nicht allein in der Beytragung zur Contribution, sondern in vielen andern Stücken, und höret er also durch die Befreyung der Contribution nicht auf ein Unterthan zu seyn: Eben so wenig, als ein Reichs-Stand, welcher von den Reichs-Steuern sich befreyet, aufhöret ein Reichs-Stand zu seyn, oder so wenig, als diejenige, welche Privilegio & justo Titulo von diesem Onere eximiret worden, (wie solches fatentibus adversariis geschehen kann; vid. *L. 2. C. Ne rei dom.*) Unterthanen zu seyn aufhören. Worbey auch dieses zu consideriren, daß ein solcher Exemtus nur von dieser Specie Contributionis befreyet wird, dahingegen derselbe die andere Species, als Kopf-Geld rc. eben gleich zu bezahlen gehalten ist.

§. 18. Obj. (3) Daß, wenn Jemanden das Jus Commune im Wege stehet, (als wie hier, da das ganze Land Jure Communi contribuiren muß), keine Possessio statt habe, sondern der Possessor titulum exemtionis dociren müsse;

C. 1. de Praescr. in 6.

Mart. d. l. n. 25.

Mev. P. 3. dec. 205.

Resp. (1) Es gilt auch die blosse Possessio hier nicht, sondern dieselbe muß cum titulo combinirt seyn, es ist aber die immemorialis Possessio loco tituli, wer also dieselbe docirt, hat einen gnugsamen Titulum erwiesen, und muß also auch contra Jus Commune geschützet werden.

Vid. *Brunn. ad ff. L. 43. tit. 20. Leg. 3. n. 7.*

§. 19. Obj. (4) Daß gleichwohl die Exemtion denen übrigen Contribuenten præjudiciren würde, quod fieri nequit;

Barb. L. 9. c. 17. ax. 17.

Brunn. C. de Decur. Col. 9. & ad L. 10. de Fund. patrim.

Resp. (1) Es haben sich dieselbe noch niemals darüber beschweret, (2) So würde auch der übrigen Condition durch diese Auflage nicht besser, sondern es müssen dieselbe dennoch nach wie vor idem Quantum bezahlen.

Conf. *Lynck. Cent. 12. dec. 1169.*

Wiewohl auch (3) denenselben gleichfalls die præscriptio immemorialis im Wege stehen würde.

(4) Die Possessio immemorialis gilt auch in præjudicium tertii; Und da die Gemeinde so lange geschwiegen, muß sie sich es selbsten imputiren.

§. 20. Obj. (5) Daß in denenjenigen Sachen, welche wider die Rechte und gemeine Wohlfahrt laufen, keine Præscriptio statt habe;

L. 6. C. de Oper. publ.

Lynck. Cent. 10. dec. 979.

Mev. P. 7. dec. 267. n. 5. & 7.

Resp. (1) Es ist dieses wahr de Præscriptione Civili, nicht aber de Præscriptione immemoriali, von welcher in diesem Textu die Frage nicht ist, dann es wird gefraget: Ob derjenige, welcher contra Legem publicam gebauet hat (adeoque ubi de possessione legibus improbata & vitiosa, indeque de initii memoria constabat), solches Gebäude, wann es 30. vel 40. Jahre gestanden, diruiren müsse? Et affirmatur. Wann aber der Possessor gesaget hätte, es sey das Haus vor undenklichen Jahren schon also gestanden, so könnte demselben, meines Erachtens, weil er nicht contra Legem gebauet zu haben überwiesen worden, nicht zugemuthet werden, das Haus zu diruiren.

Resp. (2) Es läuft diese Exemtion von Steuern nicht wider die gemeine Wohlfahrt, und erhellet eben daher, weil ein solcher Possessor von undenklichen Jahren die Freyheit genossen, daß das gemeine Wesen durch diese Exemtion keine Gefahr leide, weil bishero an dem Publico kein Abgang zu verspüren gewesen.

Lynck. Cent. 7. dec. 654.

§. 21.

§. 21. Obj. (6) Daß dieses ein Jus negativum sey, worinnen zur Præscription nicht genug ist, alterum usum non esse, sondern es muß des Possessoris prohibitio ac renitentia, & domini patientia darzu kommen.

Vid. *supr. L.* 8. *tit.* 1. *qu.* 7.

Dahero derjenige Dominus, welcher in langen Jahren keine Ritter-Dienste fordert, dadurch das Jus exigendi nicht verlieret, sondern alsdann nur, wann der Dominus solche exigirt, der Vasallus aber dieselbe negirt, und der Lehns-Herr dabey acquiescirt, solchen Falls fängt der Vasallus ein Jus alienum an zu possidiren, welches er longo tempore præscribiren kann;

Rosenth. de Feud. Concl. 82.

Gleiche Bewandniß nun scheint es auch mit dem Jure exigendi collectas zu haben, daß nämlich dieses nicht per nudum non usum præscribirt werde, sondern allein in dem Fall, wenn Collectæ von dem Lands-Herrn gefodert, und von dem Possessore gestritten werden, und der Lands-Herr nichts weiter movirt.

Resp. (1) Es gehöret dieser Einwurf blos und allein ad Præscriptiones Civiles, und hat nur in dem Fall statt, ubi constat, rem feudalem vel tributariam olim fuisse, dann da kann der blosse Non-Usus dem Possessori keine Freyheit zuwege bringen. Wann aber keine Memoria existirt, daß die Sache jemalen Lehnbar oder Steuerbar gewesen sey; So seyn die Possessores frey, nicht propter non usum Domini, sondern weil derselbe niemalen das Jus exigendi servitia vel collectas gehabt, und der Possessor von undenklichen Jahren her, und originarie die Exemtion genossen hat.

Stryck. de Imm. Serv. Feud. c. 3. §. 13.

Resp. (2) Gesetzt den Fall, daß auch in præscriptione immemoriali eine Prohibitio und Renitentia Possessoris erfodert würde, so ist eine gnugsame Renitenz, aus einer undenklichen Behauptung sothaner Freyheit zu schließen; Denn es ist gewiß, daß die Steuer-Bedienten keinen Possessorem würden verschont haben, wann sie nicht geglaubt hätten, daß dieselbe Titulum exemtionis vor sich haben; Dieses ist gewiß, daß allhier die Possessores nicht ex negligentia exactorum, sondern ex proprio titulo sothane Freyheit behaupten.

Vid. *omnino & in terminis Mev. P.* 8. *Dec.* 312.

§. 22. Obj. (7) Daß die Collecten res disjunctæ seyn, und alle Jahr neu ausgeschrieben werden, dahero die Præscriptio immemorialis, wann sie auch ratione annorum præteritorum statt haben könne, dennoch wegen der zukünftigen Jahre nicht zu verstatten seyn würde, massen diejenige, welche præterita negligirt, und remittiret, nicht die futura zugleich verlieren können.

Resp. Per immemorialem possessionem wird die Immunität nicht a singulorum annorum collectis, sondern ab ipso Jure exigendi acquiriret, massen der Possessor behauptet, daß sein Guth originarie ex justo titulo diese Freyheit gehabt habe: Dahero auch die Immunität nicht ex negligentia Domini, vel remissione ejus, herrühret, sondern ex immemoriali possessione libertatis, welche aus denen §. 4. & seq. angeführten Umständen pro justo titulo gehalten wird; Massen sonsten folgen würde, daß auch der Actioni mutui nicht könne præscribiret werden; Wann Jemand in 30. oder 40. Jahren keine Zinsen bezahlet, weil posito illo principio nur die Exactio usurarum præteritarum, nicht aber futurarum würde præscribiret seyn, da doch bekannten Rechtens, quod actioni mutui 30. annis præscribatur, certissimo indicio, daß in dergleichen Fällen nicht singulorum annorum exactionibus, sondern ipsi Juri exigendi præscribiret werde.

§. 23. Obj. (8) Daß ein Unterthan zu der Possession einer solchen Freyheit von denen Oneribus publicis sich nicht qualificiren könne, so wenig, als ein Vasallus sich zu der Possessione Dominii directi qualificiren kann: Wo aber keine Possession ist, da ist auch keine Præscription.

Resp. (1) Man kann nicht absehen, warum mit der Qualität eines Unterthanen nicht compatible seyn sollte, daß er die Immunität von Steuern besitzen könne. Es ist ja in Confesso, daß ein Unterthan justo & legitimo titulo die Freyheit von Steuern acquiriren könne, certissimo indicio, daß auch die Unterthanen solche zu besitzen capable seyn.

Resp. (2) Das Simile mit dem Vasallo quadriret hier gar nicht, dann qua Vasallus kann er nicht zugleich Dominus Directus seyn, eben so wenig, als ein Unterthan qua talis das Jus reali collectandi erwerben kan, aber Exemptionem a Servitiis kann ein Vasallus gar wohl acquiriren, und solchergestalt kann auch ein Unterthan Exemtionem a Collectis præscribiren.

§. 24. Obj. (9) Daß die ganze Ratio præscriptionis in pœna negligentiæ bestehe, welche Strafe nicht gegen den Landes-Herrn allegirt werden kann.

Resp.

Resp. (1) Ein Landes-Herr untergiebt sich gutwillig denen Legibus Civilibus: Und könnte also die Poena negligentiæ gar wohl gegen denenselben statt haben.

L. 31. ff. de Legib.

Resp. (2) Die Immemorialis Possessio gründet sich nicht in dem Jure Civili, und ist keine Poena negligentiæ, sondern es origirt sich dieselbe aus dem Jure Naturæ selbst, dann wann jemand von Anfang her nicht catastrirt worden, und also von undenklichen Jahren her frey gewesen; So ist der natürlichen Billigkeit nichts gemäßer, als die Vermuthung, daß die ersten Steuer-Bedienten einen justum titulum gefunden, und dieselbe sowohl, als deren Successores bis dahero das Guth wegen eines solchen anfänglich gefundenen justi tituli von dieser Contribution eximirt haben.

§. 25. Obj. (10) Daß gleichwohl in *L. 6. C. de Praescript. 30. ann.* keine Verjährung in Steuer-Sachen admittirt werde.

Resp. Es spricht dieser Textus ausdrücklich von einem Guth, welches anfänglich steuerbar gewesen, und von 30. oder 40. Jahren her sich frey gemacht.

Vid. *supr.* §. 10.

§. 26. Obj. (11) Daß keine Sache, welche publici Juris ist, von denen Unterthanen acquiriret werden könne.

L. 2. C. Ne rei dom.

Resp. (1) Es spricht dieser Textus de longi temporis præscriptione, massen es etwas Unbilliges wäre, daß ein Landes-Herr binnen 10 Jahren, ob negligentiam administratorum, seine Güther verlieren sollte. Es ist aber gar nicht die Frage: Ob sothane Res publicæ immemoriali possessione acquirirt werden, massen dieses so wenig gestritten wird, daß auch dergleichen Res Principis, Fisci, vel Ecclesiæ, 40. annis præscribirt werden kann.

Leg. fin. C. de Fund. Patrim. L. 4. C. de Praescr. 30. ann. L. 23. junct. aut. Quas Actiones &c. C. de SS. Eccl.

§. 27. Obj. (12) Daß die Exactio tributorum eine Res meræ facultatis sey, welche der Landes-Herr thun und lassen kann; Rebus autem meræ facultatis non præscribi;

Wesenb. Cons. 45. n. 5.

Alex. vol. 2. *Conf.* 136. *n.* 18. *seq.*
Wesenb. conf. 303. *n.* 126. *v.* 7.
item Conf. 320. *n.* 10.

Resp. (1) Auf diese Art seyn alle Actiones res meræ facultatis, weil bey dem Domino stehet, ob er agiren will, oder nicht; Und nichts destoweniger werden alle Actiones præscribirt.

Resp. (2) Res meræ facultatis seyn in Jure unbekannt, und ist diese Expression ein Inventum Doctorum, dahero muß zuvörderst untersucht werden, was dieselbe dadurch verstehen; Nun können diese Res meræ facultatis auf zweyerley Art verstanden werden: (1) Von denen Sachen, welche gar nicht können von andern acquirirt werden, als Lachen, Weinen, Gehen: Und in diesen Sachen ist wahr, daß, wann einer auch in hundert Jahren nicht gelacht hätte, niemand ihme Jure Præscriptionis das Lachen verbiethen könnte: Es können aber auch (2.) Res meræ facultatis von denen Sachen verstanden werden, welche der andere nicht animo possidendi gebraucht; und also auch regulariter nicht præscribiret, (utpote cum sine possessione non procedat præscriptio), aber dennoch besitzen und præscribiren kann. Solchergestalt nun ist *a*) das Jus eundi per viam publicam eine Res meræ facultatis, weil kein Privatus, wann er auch 100. Jahre solchen Weg gebrauchte, dem Volk sothanen viam entziehen kann, weil der Privatus nicht animum possidendi, sed via illa, tanquam Jure Communi, utendi, hat;

L. 2. *ff. de Via publ. & itin. publ. resic.*

Wann unterdessen aber der Privatus diesen Weg einziehen, seinem Guth vindiciren, und denselben zu Acker machen wollte, so würde derselbe diese Rem meræ facultatis besitzen, und, wie alle andere Jura publica præscribiren.

Vid. *supr.* §. 29.

Gleiche Bewandniß hat es *b*) wann Jemand 100. Jahr her an einem Ort Bier geholet, oder gemahlen hätte, solches ist unstreitig eine Res meræ facultatis, und kann der Brauer oder Müller keine Possession daher allegiren, weil er bishero keinen animum possidendi haben können: nachdemmalen den Unterthanen frey gestanden hat, anders wohin zu gehen. Wann aber der Unterthan anderswo Bier holen wollte, der Brauer aber dargegen protestirte, und jener bey dem Zwang acquiescirte, so fängt der Brauer durch diese Prohibition an, eine Possession zu erlangen, und kann diese rem meræ facultatis propitio jure præscribiren. Und zu dieser Gattung Rerum

meræ

meræ facultatis gehöret c) auch das Jus collectandi, welches ein Jus publicum ist, worvon die Unterthanen regulariter sich nicht eximiren können, ob sie schon in vielen Jahren nicht seyn collectirt worden, dahero regulariter die Præscriptio allhier cessiret. Wann aber gleichwohl ein oder anderer Unterthan von Anfang her diese Immunität behauptet, und also immemoriali Tempore besessen hätte, so würde er animum possidendi haben, und sich dadurch ad Præscriptionem qualificiren, dahero dann d) die Doctores selbst damit einstimmen, quod rebus meræ facultatis præscribi possit, si ex exercitio talis facultatis jus aliquod oriatur.

Vid. *Schurf. Cent.* 1. *c.* 69. *n.* 24.

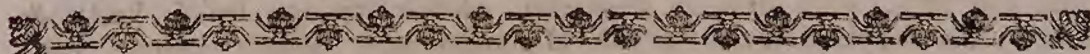
Qv. III. *An numerus XVI. liberorum liberet a muneribus patrimonialibus?*

NEG. Quia in *L.* 1. *C. de His, qui num. lib.* & in *L.* 5. *C. de Mun. patr.* in genere dicitur, quod numerus liberorum non excuset. *Laut. pag. 739. verb. licet adsint.*

Obst. *L.* 24. *C. de Decur.* ubi Decuriones propter numerum 12. liberorum honoratissima munerum quiete donantur. Hoc ergo (1) in favorem Decurionum in specie receptum est. Sed & (2) hæ exemtio saltem de personalibus intelligenda est, ex ratione privilegii, quæ in eo consistit, ut eo melius vacare possit educationi; vid. *L.* 5. §. 2. *de Jur. imm.* adeoque vera tantum est in personalibus.

Obst. *L.* 5. §. 2. *de Jur. immun.* ibi: *tamen quia XVI. pueros habet.*

Resp. Itidem tantum loquitur de personalibus, tum propter verba: *etsi non ab omnibus muneribus*; tum ob rationem adjectam: *propter filiorum educationem*; educatio autem illa saltem impeditur per munera personalia, non vero præstando realia.



LIB. L. TIT. VII.

DE LEGATIONIBUS.

Qv. I. *Quinam Legatos mittere possunt?*

RESP. Omnes homines de suis privatis negotiis nuncios privatos mittere possunt: Jure Civili etiam civitates municipales Romam *Laut. pag. 740 verb. mittunt.*

mam Legatos mittebant, qui certis privilegiis utebantur, de quibus h. t. præcipue agitur.

De negotiis totius reipublicæ nemo legatos mittit, nisi is, cujus est Majestas. Atque hinc de negotiis Imperii, Imperatori & Statibus, jus legationis competit, *Dn. Far. Jur. Publ. c.* 23. & unicuique Statuum de sui territorii negotiis. Vid. *d. J. publ.* Ubi tamen bene notandum, civitatum Legatos non dici Gesandten, sed Botbschaften. In *Capitulatione novissima* cautum est Legatis Electorum, quod Regum Legatis æquiparari debeant.

Qv. II. *Ex quo jure sit jus Legatorum, & in quonam sanctimonia eorum consistat?*

Laut. pag. 741. verb. *sancti.*

RESPONSIONIS loco verba Dn. Parentis ex *Disput. I. de Legato sancto,* huc referam: *Grot. c.* 18. §. 1. id tribuit Juri Gentium voluntario; quod secundarium vulgo vocant. Atqui parum præsidii habituri sunt Legati ab eo jure, quo liberi populi & summi Principes non obligantur, atque ita frustra Legati apud hujusmodi Principes ad hujus Juris autoritatem provocarent. Cum enim illi neminem in terris superiorem, sed solum Deum recognoscant, non possunt humanarum gentium leges eos tenere, nec adeo gentes, quæ superiores non sunt, jus ipsis dare vel dicere. Quin summi Principes hujus secundarii Gentium Juris capita in suis terris mutare, iisque, uti aliis juribus positivis, ut vocant, derogare possunt, & derogant quotidie in illis articulis, de quibus in *tot. tit. Inst. de Rer. div.* agitur.

Itaque ab alterius augustioris Juris reverentia petenda est Legatorum inter hostes securitas; ab eo nimirum, quod ab ipsa natura ejusque Autore sancitum est. Diffidentibus namque bello populis cuique parti natura permissum est, oblata satisfactione bellum finire; Ergo & eadem naturæ lege cum securitate legatos mittere, sine quibus offerri satisdatio nequit. Quin hoc ipso, dum offertur satisfactio, desinit injuria, desinit hostis & bellum, quod justum non est, nisi ad reparationem injuriæ geratur; belli autem jure cessante, cessat lædendi licentia, & jus hostis in legatum pacis causa missum. Et licet forte non illico de conditionibus Pacis conveniant; tamen, dum in suspenso est transactio, suspendi interim quoque jus belli in Legatum, de transactione agentem necesse est; nam alias adhuc omnis componendæ pacis ratio tolleretur, si hic ipse tractatus non esset in tuto: semper vero ea ratio, sine qua id, quod natura concessum vel constitutum est, expediri nequit, a natura & ipsa sit, necesse est. Optime Legati Romani ad Cosroem, Regem Persarum: *Si*, inquiunt, *certantes nunquam conveni-*

convenirent, infinitum omnino bellum esset; id vero, si finem habiturum non est, eo occupatos de statu hominum ac naturae dejicere aptum est, Procop. lib. 2. de Bell. Perf. Nam & directo equidem ad humanæ societatis destructionem pertinet, eam rebus humanis imponi necessitatem, ut cum dissensio aliqua inter duos populos oritur, nunquam debellatum videri posset, nisi cum internecione alterius vel utriusque partis. Atque ita Veteres quoque Divino Juri id adscripsere, uti Cic. *Orat. de Harusp. Resp. circa med. Jus legatorum*, ait, *cum hominum praesidio munitum, tum etiam NB. divino jure esse vallatum.*

Hinc Romani ipsos Deos immortales hujus sanctissimæ legis suæ, & violatorum Legatorum vindices acerrimos esse crediderunt. Vid. *Arum. Discurs. Acad.* 29. *concl.* 12. *Kirchner. de Legat. lib.* 2. *c.* 1. *n.* 52. Qua fiducia erectus Cossus, Tribunus militum, conspecto Larte Talumnio, Rege Vejentum, Romanos, quorum Legati occisi ejus jussu fuerant, in prælio acriter urgente, *Hiccine*, inquit, *est ruptor foederis humani violatorque gentium juris? Jam ergo hanc mactatam victimam (si modo sancti quicquam in terris esse Dii volunt) legatorum manibus dabo.* Nec fefellit eventus, sed cæso Rege altera a Romulo opima spolia Jovi Feretrio tulit. *Liv. lib.* 4. *cap.* 19. *&* 20. Nec aliam ob causam eversas esse Athenas, quam quia se impiaverant nece Legatorum Persicorum, creditum tum fuisse apparet ex *Herod. lib.* 7. *n.* 185. Ita plerumque videmus inauspicato prælii exitu, stragibus, excidiis litatum fuisse Legatorum manibus. Haud levi indicio, ab ipso Deo, cui adeo res ea curæ est sancitam esse & tot tristissimis eventibus sanciri securitatem Legatorum. Uti ex hac causa Thebani ab Alexandro Magno, *Curt. lib.* 4. *cap.* 2. Veneti a Cæsare, *Caes. de Bell. Gall. lib.* 3. *cap.* 3. Ammonitæ & Syri a Davide, 2. *Sam.* 10. *&* 11. Arabes ab Herode, *Joseph. Antiq. lib.* 15. *c.* 7. *&* 8. Alexandri Severi exercitus a Persis, *Herodian. lib.* 6. *cap.* 4. Sueones oppresso Resone, Legato Danico, a Gotrico seu Gotefredo Rege Daniæ, victi & cæsi sunt, *Sax. Gramm. Hist. Dan. lib.* 8. *in fin.* Etsi *Loccen. Hist. Suec. lib.* 2. *in princ.* Sueones variata facti specie defendat; qui deinde addit, *non esse consentaneum, adeo juris gentium & naturae vel oblitos vel negligentes fuisse Suedos, ut legatum ex solo contemtu per insidias trucidarent.* Sed & alia passim tristissimi exitus exempla. Conf. *Plut. in Pelop. c. pen. & ult. & Corn. Nep. in Pelop. c.* 5. At vix ulla occurrunt, quibus a violatorum partibus steterit prælii ex hac causa iniqui victoria. Juri igitur Gentium primævo tribuimus merito Legatorum sanctimoniam, atque ideo summos quoque Principes ea lege teneri, metuendamque ipsis esse ejus violatæ vindictam ultricesque diras asserimus.

Qv. III. *An Legati apud Principem, ad quem missi sunt, ex delicto vel contractu conveniri possint?*

Elegantissime, & more suo perquam solide, ex intimis Juris Gentium visceribus hanc materiam eruit Dominus Parens in *Disputatione de Legato Sancto, non impuni.* Eo gratiorem rem me benevolo Lectori facturum spero, si integram hujus quæstionis tractationem ex illa Disputatione exhibuero, quo magis ea nuper inter duos Potentissimos Reges ventilata fuit. Ita vero disserit Dn. Parens:

§. I. Hæc quæstio, imprimis ratione delictorum & pœnarum, recentioribus seculis acerrime agitata fuit, adeo, ut illi sententiæ, quod Legati in loco, ubi degunt, forum sortiantur; quæ apud veteres extra controversiam fuit, prolixus tractatus nostra memoria oppositus sit sub titulo: *Memoires touchant les Ambassadeurs & les Ministres publics, par L. M. P. avec des reflexions faites sur eux &c.* In quam varias vero sententias iverint autores, pluribus referunt *Grot. de J. Bell. & Pac. cap. 18. §. 4. Zouchæus tract. de Legat. delinq. jud. cap. 11. 12. 13. Perez. C. de Legation. n. 11. &c.*

§. II. In hac vero quæstione inprimis discernendum est id, quod generositatis, humanitatis, aut prudentiæ, & id, quod Juris est, Generosi ac magnanimi Principis indicium est, si is Legatum, qui faciem sui Principis, veluti imago quædam ejus refert, cum ipse eum punire posset, ad Principem ac Dominum ejus remittit, atque ita in causa vindictæ jure ac potestate sua cedit. Et eo magis laudandum est hoc consilium, quod eo Principes ad mutua humanitatum officia cultumque provocantur; magisque adeo animi moderatione, quam jure & armis certant. Sed & prudentiæ quoque id est sæpissime, si potentissimi hostis, causamque invadendi circumspicientis Legatus sit, ut vindictam potius dissimulet, vel ad Dominum Legati rejiciat, quam Rempublicam in discrimen adducat. Atque ita plurima sunt exempla Regum ac Principum, qui Legatos a publicis atrocibusque delictis impunes dimiserunt ad eorum Principem, ut Elisabethæ, Reginæ Angliæ &c. *Zouch. d. tract. cap. 5. Arum. ad Aur. Bull. Disc. 1. th. 21.* Inde vero nullatenus efficitur, eos ad dimittendos hos Legatos jure obligatos fuisse.

§. III. De Jure vero Gentium, primario inquam, ejusque ratione si quæratur, existimamus omnino, Legatos non esse exemtos a Jurisdictione ac potestate ejus Principis, ad quem missi sunt; adeoque si ibi, vel delinquunt vel contrahunt, ibi ceu in loco delicti vel contractus forum eos nancisci,

eisci, nec huc Jus illud Gentium & Legatorum sanctimoniam pertinere posse. Quod & inprimis de delictis paulo plenius nunc ostendemus.

§. IV. Primum igitur pro certo indubitatoque tenendum, quod Jure Naturæ summa cujusque territorii potestas se extendat ad omnia, quæ sunt & quæ fiunt in eo territorio. Constat enim, summam illam & absolutam humani generis potestatem in hanc terram, unde nihil, quod non excedit modum humanum, exceptum est, non numero hominum, sed terrarum finibus in plures civitates ita divisam esse, ut non certis hominum capitibus, sed unice territorii regionibus definiatur, nec aliter definiri possit. Hæc igitur summa civitatis potestas tantundem intra ejus fines valet ac totius humani generis in universam terram: quin nihil aliud illa est, quam ipsa illa humani generis summa potestas in plures civitates distincta, & cujusque civitatis finibus circumscripta.

§. V. Hac igitur naturali ratione hoc plane evictum est pro summa civitatis potestate, quod, ut loquuntur, fundata indubie sit intentio ejus in omnia, quæ territorio continentur, eoque & in Legatos, nisi hos alio Jure Naturali inde exemtos ex adverso probetur. Non ergo probandum nunc est, Legatos quoque subesse potestati ejus territorii, ubi legationis causa morantur, (id enim in ipsa certissima ratione naturali satis fundatum est), sed e contrario, Legatorum exemtio probanda venit, & quidem ex Jure Gentium primario, quo solo summi Principes obligantur.

§. VI. Ad hujus autem rei probationem nihil aliud affertur, quam illa Legatorum sanctimonia hactenus exposita. Ex qua tamen nihil minus sequitur, quam exemtio a jurisdictione loci, ubi sunt: nam & Tribuni Plebis, aliique Romæ Magistratus, sed & Sacerdotes fuere sancti, nec tamen ideo exemti imperio: nec quicquam commune habet sanctimonia rei, & exemtio a summa potestate.

§. VII. Nec sancti dicuntur, qui a juris executione immunes sunt, sed qui ab injuriis defensi. *L. 8. princ. ff. de Rer. div.* Et præstat iis hæc sanctimonia præsidium contra injurias, non contra jus: neque enim sanctimonia delictis tribui, neque ex delicto jus sacrosanctum, ex impuro sacrum nasci potest.

§. VIII. Sed, nec Jus Gentium hoc agit, ut Legatis facinorum licentia detur, verum ne aliis in ipsos; ut sanctitate sua securi sint, non ut impunes: quæ adeo invicem pugnant, ut impunitatem scelerum facere non sit sanctimonia, sed summa profanitas.

§. IX.

§. IX. Idem oſtenditur ex eo, quod ſanctum idem ſit ac inviolabile; violat autem, qui injuriam & contra jus facit, non qui jus ipſum, pœnamque eo debitam exequitur: juris enim executio nullam injuriam habet. *L.* 13. §. 1. *ff. de Injur.* Et qui criminis aliquem poſtulat, & condemnat, quin & qui exequitur, lege agit, *l.* 2. §. 6. *ff. de Orig. Jur. Liv. lib.* 26. *cap.* 16. ibi: *Lictor viro forti virgas adde, & in eum primum lege age*, directo autem & quam maxime pugnant, lege agere, & jus violare; legis actio, & ejus violatio. Violare a vi & violentia dicitur, uti Græcis βιάζειν, ἀπὸ τῆς βίας, unde βίαιος violentum ſignificat. Igitur Jus Gentium, dum tantum violari Legatos prohibet, vim injuſtam, injurias ac violentias a capitibus eorum amolitur, non autem juris executiones, pœnasque lege debitas, impedit.

§. X. Neque vero ſanctiſſimi hujus Juris, ejusque Autoris Dei mens atque ſententia fuit, ſceleribus patrocinari, præſidium dare machinandi in Principem & Rempubl. lædendi ac violandi cives, eorumque conjuges, liberos &c. denique ita inviolabiles Legatos præſtare, ut omnia ipſi violare poſſint, ſublato in terris illis pœnæ metu, & nemini permiſſo in eos judicio, quam ipſi partis læſæ hoſti.

§. XI. Sed & tota ratio, qua conſtitutum eſt Jure Naturæ hoc munimentum legatis, in univerſum penitus ceſſat in delictis, neque enim paci faciendæ, fœderibus pangendis, aliisque negotiis interventu Legatorum gerendis quicquam officit, quod ipſi impune delinquere nequeant, uti officeret, ſi hoſtium loco eſſent: nam hic metus, ne ut hoſtes hoſtilia patiantur, excluderet omnem commeandi facultatem, non vero metus delicta haud impune ferendi; flagitia enim evitare, eorum arbitrii eſt; vim hoſtilem, non eſt, niſi Lege Naturæ illa ſancte prohibita ſit. Igitur, ceſſante in delictis, univerſaliter hujus Juris Gentium ratione, jus ipſum plane ceſſat, *per vulg.*

§. XII. Et cum hæc ſecuritas in bello & inter hoſtes Legatis ut ſingulare beneficium Jure Naturæ datum ſit, conſtat: beneficia delinquentibus non dari: ea enim eſt natura beneficiorum, ut pro meritis dentur; & proinde cum eis pugnat, deberi delinquentibus. *l.* 2. §. 3. *ff. ad SCt. Vellej.* Beneficii ergo hujus ratio in eo eſt, ut de publica ſalute tractantes tuti, non ut delinquentes impunes ſint.

§. XIII. Sed nec plus Legatis ex hoc ſingulari Jure Gentium in bello & inter hoſtes tribui poteſt, quam Jure Communi in pace inter amicos

ipſis

ipſis competit. Atqui in pace & inter amicos nihil Jure Naturæ ſpecialiter de Legatis conſtitutum apparet, nec conſtituti aliquid neceſſe fuit, cum Jure communi omnes homines, privati quoque, tunc tuti & inviolabiles ſint, Legatis vero eodem Jure ipſa, quæ iis cohæret, dignitas ſuſceptique muneris ratio, absque ſpeciali privilegio naturæ, uti aliis in dignitate conſtitutis, pro ejus modo ſecuritatem majorem, magisque inviolabilem præſtet. Quod igitur Legatis in pace apud amicos non conceditur, multo minus iis in bello apud hoſtes deberi poteſt: hac enim Naturæ Lege id ipſum agitur, ut Legatis inter hoſtes jura pacis reſtituantur, ut arguit *Cic. Orat.* 3. *in Verr.* ubi ait, tam venerabile & ſanctum eſſe Legatorum nomen, *ut non modo inter ſociorum jura, ſed & inter hoſtium tela incolume verſetur.* Ergo iis tantum incolumitas & ſecuritas eadem in bello competit, ac inter ſocios & amicos in pace: non vero impunitas, quæ ne quidem in pace.

§. XIV. Porro jus puniendi delicta ac flagitia, non eſt proprium vel bello vel paci, ſed utrique tempori commune. At hoc Jus Gentium ſingulare, quo de Legatorum ſanctimonia agitur, bellis ſpecialiter proſpexit, ne effrenis illa lædendi hoſtis licentia, quæ rupto armis ſocietatis vinculo, invaluit, ad Legatos extendatur. De aliis vero, quæ bello pacique communia ſunt, ſingulare aliquid in perſonis Legatorum Naturæ Legibus conſtitutum eſſe, oſtendi nequit.

§. XV. Qui vero fieret, ut Principis ſumma poteſtas, cui ante adventum Legati nihil in territorio ejus exemtum fuit, imminui poſſet ingreſſu extranei, cui nihil in eo juris eſt. Qua item ratione illa lex, quæ Legatos non niſi ad pacem fœderaque facienda ſanctos fecit, ad flagitiorum licentiam pertinere poteſt? Delinquendo enim nec intra mandati fines, nec Legatus eſt.

§. XVI. Quin ipſi Principes, quos Legati repræſentant, ſi extra ſuum in alieno territorio morantur, non effugiunt plane autoritatem territorii, in quo ſunt, (etſi, ſi irreverenter Princeps territorii tanti hoſpitis majeſtatem haberet, ſuae detraheret), nedum Legati. Quod vero *Alb. Gent.* & *Zoucheus d. tract. c.* 4. plus tribuunt Legato, quam ipſi Principi mittenti, imagini ac umbræ, quam corpori, eo nihil plane abſurdius videri poteſt; cum Legatus nihil juris, dignitatis, ſanctimoniæque habet, niſi a conceſſione ſui Principis.

§. XVII. Neque vero poteſt in eodem territorio niſi una eſſe ſumma poteſtas, ſive uni perſonæ, ſive pluribus inhærens. Igitur Rex, qui in

alieno territorio moratur, vel ibi est ut Rex cum summa potestate, vel ut privatus. Non illud, quia præter summam ejus territorii potestatem alia adhuc in eo esset summa potestas; quæ secum pugnant, hoc magis, quod naturali ratione civitates, earumque summas potestates finibus territorii conclusas esse, ostensum sit *supr.* §. 4. Quæ vero *Zoucheus d. cap.* 4. de Proconsule, qui urbe egressus ea, quæ voluntariæ jurisdictionis sunt, statim exercere potest, prolixe differit, nihil equidem huc faciunt; præterquam enim, quod juris illa civilis capita sint, & Proconsul hæc jura intra fines Imperii & ejus nomine peregerit; ex eo quoque, quod tantum in causis voluntariæ jurisdictionis, & soli Proconsuli, non aliis, permissa fuerint, singulariter ita arbitrio Legum civilium statuta ea esse, facile apparet.

§. XVIII. Neque unquam de eo apud veteres dubitatum fuisse, ullibi invenitur: equidem, cum Theodahatus, Gothorum Rex, increpationibus Legatorum Justiniani offensus, in faciem iis diceret: *Tamdiu legatos dignitatem suam retinere, quoad ipsi suae legationis officia observarent. At si Regem contumelia affecerint, vel adulterium commiserint, occidi posse*: Legatus nihil excepit ratione fori, sed *negavit, Legatis per custodias, quibus septi sint, relinqui peccandi occasionem*, apud *Procop. de Bell. Goth. lib.* 1. *fol. m.* 15.

§. XIX. Et Legati Atheniensium, cum a Lacedæmoniis quasi conscii invasionis, quam Sphodrias fecerat, comprehensi in vincula conjicerentur, nihil conquesti sunt de privilegio Legatorum, sed de causa ipsa responderunt, & se omnium ignaros esse testati, atque ita dimissi sunt. *Xenoph. Rer. Graecar. lib.* 5. *fol. m.* 388. Et frustra est, quod *Zoucheus* ait, videri eos non ad Lacedæmonios, sed ad alios ablegatos fuisse. Nam nec quicquam hujus ibi dicitur, & apud Lacedæmonios commorati sunt: & licet id ita esset, si tamen in loco, ubi transeunt, conveniri non possint, cum ubique apud amicos æque sancti sint, nedum apud hostes poterunt, de quo *supr.* Denique non modo custodia detenti, sed & in vincula conjecti dicuntur.

§. XX. Ita Lampsaceni, cum Verres, Legatus Romanorum, primarii civis filiam ad stuprum vi abducere tentaret, concione habita consenserunt, sibi jus esse Legati capiendi ac puniendi, nec Romanos id improbaturos esse. Ita enim refert *Cic. I. Verrin. cap.* 33. conclusum ab omnibus fuisse: *Non esse metuendum, si Legati nefarium scelus Lampsaceni ulti vi manuque essent, ne Senatus Populusque R. in eam civitem animadvertendum putaret.' Quodsi hoc jure Legati P. R. in socios nationesque exteras uteretur,' ut pudicitiam liberorum servare ab eorum libidine tutam non liceret, quidvis esse perpe-*

perpeti ſatius, quam in tanta viatque acerbitate verſari. Adeo vero id non improbarunt Romani, ut Cicero de hoc quoque crimine Verrem deinde accuſaverit, & Lampſacenos, qui precibus Romanorum civium victi eum demiſerant, publice deprædicaverit.

§. XXI. Maximis quoque ſtudiis agitata eſt lis illa in Anglia, ubi Scotorum Reginæ Legatus, Roſſenſis Epiſcopus, in Reginam Eliſabetham impie machinatus, rebelliumque nefariis conſiliis immixtus, indeque interrogatus, etſi ſatis impudenter contenderet, *rationes non alteri, quam ſuo Principi reddendas eſſe*; *Cambd. Hiſt. Eliſ. part.* 2. *ad an.* 1571. *p.* 217. tamen captus, & in inſulam Eliam devectus eſt: tum vero Conſilio JCtorum publice habito, ac re perpenſa, ex eorum ſententia ei, acriter ante objurgato, reſponſum eſt: *Non amplius eum pro Legato agnoſcendum, ſed ut pernicioſe meritum male multandum eſſe.* Inde in arce Londinenſi arctiſſime cuſtoditus, adeo judicium Reginæ ſubiit, ut ad articulos quoque & omnia, quæ rogatus fuit, reſponderit, *Cambden. d. loc. p.* 220. 221. 222. ut fruſtra omnino hic ſunt effugia *Zouchei d. tract. cap.* 7.

§. XXII. Idem *Zoucheus* fatetur, Hiſpani Legatum, in Anglia, Epiſcopum Aquilanum, eo, quod Italum, qui in alterum bombardulam diſploſerat, in ædes ipſius fugientem clam emiſiſſet, domo concluſum, & interrogationibus ſubditum, atque adeo judicio ſubjectum fuiſſe. *d. cap.* 7.

§. XXIII. Id quoque Bernardino Mendozæ, uti antea De Speſio, utrique Hiſpaniæ Regis Legato in Anglia accidit, qui ejusdem flagitii poſtulati, re deprehenſa, Regno exire juſſi ſunt, *Cambden. d. tract. part.* 3. *ad an.* 1584. *p.* 404. ut appareat, judicio eos ſubjectos, ſed poenæ meritæ atrocitatem pro temporum rationibus remiſſam fuiſſe. Quod & *Cambdenus de Mendoza* addit: *Eum ſacroſancto legationis jure ad proditionem abuſum, antiqua ſeveritate igni & ferro (ut multis viſum) perſequendum fuiſſe.* Unde miratur, quod hic homo, poſt tantam Reginæ clementiam fremens furensque, quaſi violato legationis jure, in Galliam pervenerit. Quaſi vero Legatus, proditor Majeſtatis, ſanctior ſit in alieno, quam ipſa ſacratiſſima & Dei vicaria Majeſtas in ſuo; & ille plus juris in alieno habeat, ad violandam ipſam Majeſtatem, quam hæc in ſuo ad ſe tuendam proditionemque perſequendam.

§. XXIV. Quanquam vero ea res male habuerit Philippum, Hiſpaniæ Regem, idem tamen & ipſe probavit in legato Veneto, ad cujus domum cum quidam profugeret, ac Marechallus capiendi ejus cauſa domum

Legati ingressus, at a satellitibus male tractatus esset, Præpositi justitiæ, præsente Legato, in aliam domum interim transire coacto, delinquentes apprehensos, alios capitis, alios fustigatione, alios ad triremes damnarunt, & ipse Rex Hispaniæ, Philippus, literas ad Principes Christianos dedit, *se nolle legatos suos immunitate muneris, justitia sanctiores esse, quin legibus Regni conveniri & damnari possint, si quando facinus ab officio aut mandato sibi impoSito alienum commisissent.*

§. XXV. Equidem *Zoucheus* mirum in modum se torquet, ut hujus exempli vim effugiat, indeque gratis fingit, non Legati satellites, sed hospitis famulos tantum condemnatos fuisse, & quod Rex promiserit aliis Regibus vindictam in Legatos suos ibi delinquentes, id non factum esse, quasi agnovisset Jus Gentium, sed arbitraria cessione juris sui, ea quidem satis vana videntur. Nam Autor ille, quem *cap.* 6. allegat, *Maersellar*, expresse refert, per familiam Legati vim factam fuisse, nec alter Autor, in quem incidisse se adeo gaudet *cap.* 7. id negat, sed e contrario ait, fenestras famulis vim minitantibus oppletas fuisse; Nec vero credibile est, hospitem Legati tantam manum famulorum aluisse, quorum alii ad mortis, alii ad fustigationis, alii ad triremium poenam damnati dicuntur. At vero omnes, qui deliquerant, excepto solo Legato, prehensos damnatosque fuisse, idem traditit. Gratis igitur fingit *Zoucheus*, nullum e famulis Legati inter eos fuisse. Equidem contrarium quoque apparet ex allegatis literis Philippi, quæ de Legato, qui facinus admisit, & ideo judicium pati cogitur, ad Principes scripsit, idemque de suis Legatis permisit; quam inepte, si neque Legatus, nec famuli Legati tale quid passi fuissent? Quis vero crederet, tantum Regem tam temere jus suum adeo eminens, (ne Legati ipsius alibi puniri ob delictum possent) sine causa repudiasse, & se suosque Legatos in tanto deteriorem præ cæteris Regibus (qui id non remiserant) conditionem abjecisse, quinimo circularibus literis, nemine petente, & cum nulla esset causa (uti nulla est, si nihil vel in Legatum, vel in ministros ejus statutum fuit) hanc tanti juris profusionem significasse? Certum itaque est, Regem literis his facti hujus, ne alii id calumniarentur, justitiam ex Jure Gentium defendere, atque, ut appareret, hanc vere ejus sententiam esse, paria in suos Legatos delinquentes permittere voluisse.

§. XXVI. Sed & Henricus IV. Galliarum Rex, in Legati Hispanici Ministrum, qui Secretarium Regis ad proditionem oppidi corrumpere conatus fuerat, judicium exercuit, eumque carceri inclusit, & Legatum Hispanicum, eo nomine conquerentem, masculo refellit. Et frivolum est, quod reponitur, non in Legatum, sed ejus ministrum, nec in hunc graviorem

viorem poenam ſtatutam fuiſſe: nam Legati Comites æque ac Legatum ſanctos eſſe conſtat, nec quæritur, quam poenam, (quæ arbitrio Judicis vel infligitur, vel remittitur), ſed an judicium pati cogantur.

§. XXVII. Nec illud evitari poteſt, quod ex Warſevicio affert Kirchnerus *de Legat. lib.* 2. *cap.* 1. *n.* 116. de Legato, qui ob adulteria & condemnatus, & ultimò ſupplicio affectus fuit, ſive a Luſitanis, ut *Warſevicius* refert, ſive a Tunetenſibus, ut *Zoucheus* ex Hottomanno conjicit, *d. tract. cap.* 7. *in fin.*

§. XXVIII. Ipſe Paulus IV. Papa, cum Vegam Legatum Regis Hiſpaniæ in carcerem miſiſſet, eoque nomine Dux Albanus querelam moveret, reſpondit: *Vegam fines mandati egreſſum, & muneris ſui oblitum eſſe, quippe ſeditionum, machinationum, conſiliorum, clam in S. S. & Se initorum participem, ob id jus illud inviolabile, quod ad defenſionem obtendat, culpa ſua amiſiſſe, ut meruerit, ſic habitum eſſe, & nunc etiam haberi &c. Thuan. lib.* 17. *ann.* 1556. *p. m.* 791.

§. XXIX. Quibus in cumulum accedit, nec parum momenti affert Sapientiſſimorum Germaniæ Principum, Johannis Friderici, Electoris Saxoniæ, & Philippi, Landgravii Haſſiæ, autoritas & teſtamonium, qui ſcripto publice edito ad Henricum Ducem Brunſuicenſem A. 1539. ita reſcripſerunt: **Haben aber ſolche Legaten in Zeit ihrer Legation etwas verwirket, betrügliche Sachen braucht oder gehandelt, ſo hat man Sie ohne Unterſcheid angegriffen, gefänglich angehalten, ihre Briefe erbrochen, und zu Zeiten geſtraft,** *apud Arum. ad A. Bull. Diſc.* 1. *th.* 21. *p.* 40.

§. XXX. Alia exempla autoritatesque videri poſſunt apud Arum. *d. theſ.* 21. *& de Jur. publ. Diſc.* 14. *quaeſt.* 16. *& Diſc.* 19. *Concl.* 12. *Kirchner. de Legat. lib.* 2. *cap.* 1. *num.* 107. *& ſeqq. Bodin. de Republ. lib.* 5. *cap.* 6. *in fin. Zouch. d. tract. cap.* 6. §. 12. *Perez. C. de Legation. n.* 11. Quanquam non omnia, quæ allegant exempla rei, quæ intenditur, probandæ ſatis conveniant. Quo & pertinet factum Pauli IV. Papæ, prout *Thuanus d. lib.* 17. *pag.* 790. id refert: nam Regis Hiſpaniæ Legatum, qui nihil deliquerat, ideo carceri incluſiſſe dicitur, quod, cum bellum inter ipſum & Regem ortum eſſet, Dux belli Hiſpanicus in ipſum duceret: unde Thuanus, *Legatum*, ait, *nulla Juris Gentium habita ratione, in carcerem conjici juſſit: ex quo non prius dimiſſus eſt, quam pax anno ſequenti convenit.*

§. XXXI. Adverſus doctrinam tam evidentem ac certam, et tot Juris Naturalis momentis, Gentiumque autoritatibus ſubnixam, quæ afferri ſolent, mirum equidem eſt, quam ſatiſcant & langueant, *Grotius*, qui *tract. de Jur. Bell. & pac. lib.* 2. *cap.* 18. §. 4. cauſam hanc totam ad Jus Gentium voluntarium refert, & proinde unice quouſque Gentes conſenſerint, ſpectandum eſſe putat, (quod refutatum eſt *cap.* 1.) in id duo maxime laudat judicia, Livii & Salluſtii. *Livius lib.* 2. *cap.* 4. refert: *Legatos Tarquiniorum conſpiraſſe cum adoleſcentibus nobilibus Romæ, & adoleſcentes in vincula conjectos, de Legatis paulo addubitatum fuiſſe:* Tum, quid decreverint Conſules de Legatis, ita addit: *Quanquam viſi ſunt commiſiſſe, ut hoſtium loco eſſent, jus tamen gentium valuit.*

§. XXXII. Verum, ille locus magis adverſatur haud obſcure Grotio, & qui eum ſequuntur. Duo enim ſunt decreti hujus membra: in priore refertur, quid de jure viſum fuerit Conſulibus, ſeu quid ſenſerint jure fieri potuiſſe; ſcil. *Viſi ſunt comiſiſſe, ut hoſtium loco eſſent*; adeoque iis Jus Gentium non prodeſſe. In altero vero, quod tamen Jus Gentium, remiſſo eo Jure in hoſtes, quo uti potuiſſent, valuerit. Igitur mitiore via ultro uſi ſunt Conſules, & Jus Gentium, quod alias Legatis competit, in hunc quoque caſum, quo ut hoſtes haberi, damnarique jure potuiſſent, extendi ac valere placuit. Atque hæc ergo eſt vera loci hujus ſententia, quod Legati rigido jure amiſerint quidem Jus Gentium, ſed nihilominus tamen id ipſum indultum fuerit. Nam quod Conſulibus viſum fuerit, Legatos ſubeſſe judicio populi Romani, vel inde quoque patet, qui abſque hæſitatione profecti dicuntur ad eos comprehendendos, *Liv. de cap.* 4. quod fieri non potuiſſet, ſi exemti eorum Jurisdictioni fuiſſent.

§. XXXIII. Ita & alterius loci, qui eſt *Salluſtii de Bell. Jug. c.* 35. ſententia plane invertitur ab iis, qui diſſentiunt. Jugurtha, Rex, Romam venerat, & una Bomilcar, Comes ejus: adeoque hic proprie nec Legatus, nec Legati Comes fuit, ſed fide publica, adeoque data ſecuritate, adiit Romam; quod perinde eſt: nihil enim refert. Jure Gentium, an pacto publico detur alicui ſecuritas. Hic Bomilcar inſtinctu Jurgurthæ obtruncaverat Maſſivam, Maſiniſſæ nepotem, quæſitumque, an, non obſtante ſecuritate publice data, in eum ſtatui potuerit. Et ait *Salluſtius*: *Fit reus magis ex aequo & bono, quam ex jure Gentium Bomilcar.* Ergo conſtat, reum eſſe factum; non potuiſſet autem reus fieri Romæ, niſi forum ibi competens fuiſſet. Quin factus eſt reus ex æquo & bono: non igitur contra Jus Gentium. Certum ergo eſt, non hanc eſſe ſententiam: Bomilcarem non potuiſſe Jure Gentium reum fieri; ſed contra, non tantum potuiſſe

reum

reum fieri, ſed & in vincula conjici, graviusque in eum, facto jam judicio, pro rei atrocitate ſtatui. Hoc autem, quod Jure Gentium fieri poterat, factum non eſt, ſed mitius cum eo actum & dies tantum dicta, cæterum ipſe nec vinctus, nec comprehenſus fuit; quæ res deinde quoque viam ipſi aufugiendi fecit.

§. XXXIV. Hoc vero voluit *Salluſtius*, Bomilcarem reum factum fuiſſe non juxta rigorem *Juris Gentium*, ſed mitius & magis ex æquo & bono. Hæc enim verba, juri oppoſita, ſignificant rigidi juris mitigationem, Græcis, ἐπιείκειαν; ut in *L.* 17. *de Inj. rupt. irr.* *Licet* ſubtilitas juris, *refragari videtur*, *attamen voluntas* ex æquo & bono *tuebitur*. Et *in L.* 16. *ff. de Cond. & dem.* dicitur: *In his poſſunt res ex aequo & bono interpretationem capere; ea vero, quae ex teſtamento orirentur, neceſſe eſt, ſecundum ſcripti juris rationem expediri.* Add. *L.* 8. *de Judic. & Cicer. lib.* 7. *ad Attic. ep.* 7. Inde natum, æqui bonique facere, conſulere &c. id eſt, in mitiorem clementioremque partem facere. Idem *Cic.* late *in Orat. pro A. Caecin.* *Tum*, ait, *ad iſtam orationem decurrunt, cum ſe in cauſa putant habere aequum & bonum, quod defendant; ſi contra verbis & literis, &, ut dici ſolet, ſummo jure contenditur, ſolent iſti iniquitati & boni & æqui nomen dignitatemque opponere. Tum vociferantur ex bono & aequo, non ex callido verſutoquo jure rem judicari opportere.* Intelligitur ergo his verbis ratio mitior juri duriori oppoſita.

§. XXXV. Quin ex hoc ipſo exemplo evidentiſſime ſententia, quam defendimus, confirmatur. Refert enim *Salluſtius d. l.* Jugurtham hunc reum, ne ſupplicium de eo ſumeretur, clam dimiſiſſe in Numidiam. Atque adeo non tantum actu reus factus ille fuit, ſed & agnovit Jugurtha ſupplicium de eo Romæ, non obſtante data ſecuritate, ſumi potuiſſe.

§. XXXVI. Cætera, quæ adducit *Grotius d. l.* ipſe conjecturas eſſe ait, ex quibus colligere intendit, placuiſſe gentibus, ut Legati videantur extra territorium eſſe. Verum in genere primum notamus, nec ex conjecturis Jus Naturæ oriri, ſed id probandum eſſe: nec, etſi probaretur, Gentibus ita placuiſſe, exinde obligarentur ſummi Principes, qui non tenentur placitis Gentium, ſed ſolo Jure Naturæ. Nec eſſet id Jus Naturæ, ſed Jus ſaltem Gentium ſecundarium: de quo hic non quæritur. Denique nec ex ſingulis, quæ adducit, quicquam inferri poteſt, ut jam apparebit.

§. XXXVII. Primum enim ait, *Privilegia ita intelligenda, ut aliquid tribuant ultra jus commune. Quod ſi Legati ab injuſta tantum vi tuti eſſent, nihil in eo magni eſſet, nihil praecipui.*

Resp. I.

Resp. 1. Hoc equidem inſigne ſatisque eximium eſt, quod Legati, qui hoſtes ſunt & ab hoſtium partibus veniunt, & qui proinde jure belli ut hoſtes haberi, occidi, ſpoliari, lædique poſſent, non modo æque tuti ſint ac amici, ſed & apud hoſtes ipſos ſancti & inviolabiles. Tanta itaque tamque eximia hujus privilegii vis eſt, ut juri belli non modo deroget, ſed illud quoque in univerſum in perſonis Legatorum aboleat, atque cum inviolabili ſanctimonia commutet, cum alias hæc duo invicem contraria fuerint, hoſtem & ſanctum eſſe, ut apud *Virgil. Æneid. lib.* 3. *verſ.* 406.

Ne qua inter ſanctos ignes in honore Deorum
Hoſtilis facies occurrat & omnia turbet.

2. Sed nec id adeo efflagitamus, ut jus Legatorum pro privilegio habeatur: cum ſufficiat, Jure Naturæ communi Legatorum ſecuritati, non flagitiis cautum eſſe.

§. XXXVIII. Deinde ait: *Securitas Legatorum utilitati, quae ex poena eſt, praeponderat: nam poena haberi poteſt per eum, qui miſit; qui, ſi punire nolit, bello exigi ab ipſo poteſt: nec bello nos eximet Legati poena, ſi factum ejus probet, qui miſit.*

Repp. 1. Securitati Legatorum nihil decedit, etſi impune delinquere non auſint, ut ſupra probatum. Nec 2. Naturæ Jure quæritur, quid parti alteri utile, ſed quid juſtum ſit. 3. Mirum vero, ſi quis, collata ſecuritate Legati, cum ſecuritate Principis ac Reipublicæ, illam huic praeferre haud erubuerit, & magis proſpectum vellet perſonæ Legati, quam toti civitati ejusque Principi, apud quem degit. Quid enim non metuendum Principi ab hoſtis miniſtro, qui Legati jure prope domeſticus eſt; animo, quem hoſtilem retinet, hoſtis; impunitatis fiducia ferox & tumidus? Quid non auſurus eſt Legatus in Principem ac Rempublicam hoſtilem, cui occaſio & impunitas audaciam accendunt, & ſpes promerendæ Principis ſui gratiæ animum ſtudiumque machinandi graſſandique acuunt? Hoc exempla Legatorum in Reginam Angliæ, Eliſabetham, conſpirantium docuerunt; quam ipſa quotidie prope in diſcrimen vitæ Regnique adducta, ipſique quotidie in propriis prope Laribus cum tot periculis de omnibus fortunis dimicandum fuerit, uti ex Cambdeno expoſitum eſt, uberiusque videri poteſt. Cui igitur utilius eſt proſpici, Principi totique Reipublicæ, ut tuti, an perſonæ Legati, ut impunis ſit? Denique 4. quis probet conſilium Grotii, bello potius poenam a Principe, qui Legatum non punit, exigere, quia ſi is factum probet, poena Legati bello nos non ſit exemtura? Id enim negari plane nequit, ſatius utique eſſe, poenam Jure imperii a Legato, quam

bello

bello a Principe adverſario cum ſummo diſcrimine Reipublicæ exigere. Quod ſi hic vindictam bello moliatur, injuria molitur, qua alteri jus puniendi auferri nequit: expectandusque eſt, cæteris paribus, belli eventus mala cauſa dignus.

§. XXXIX. Porro addit *Grotius: Parte altera valde in lubrico locatur ſalus Legatorum, ſi actuum ſuorum rationem alii reddere debeant, quam a quo mittantur: nam, cum plerumque diverſa, ſaepe & adverſa ſint utriusque partis conſilia, vix eſt, ut non ſemper aliquid in Legatum dici poſſit, quod criminis accipiat ſpeciem.*

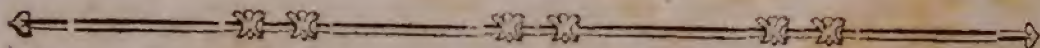
Resp. Ut idem porro eſt cum præcedente argumentum, ita eadem reſponſio: Magis utique in lubrico locatur ſalus Principis & totius Reipublicæ, ſi in ejus quaſi ſinu Legatus hoſtis impune delinquere, machinari in Rempublicam &c. poteſt. Quid igitur potius, Legati perſona, an Respublica? Cæterum nec ſaluti Legatorum inſidias Lex Naturæ, ſed flagitiis pœnas ſtatuit. Nec videndum, quid utile, ſed, quid juſtum ſit, quæritur. Sed nec in lubrico locatur ſalus Legatorum, ſi jure agunt. Quin etſi in eos quid ita ſtatuatur, id per injuriam fiet, quæ fieri poſſet, ſive jus puniendi ſit principi, ſive non ſit. Si igitur Salus Legati in lubrico eſt apud Principem, ad quem mittitur, id non eſt ex jure puniendi, ſed ex injuria. In eo vero maxime fallitur Grotius, quod ait, *ſemper aliquid in Legatum dici poſſe, quod criminis accipiat ſpeciem.* Poteſt enim Legatus cauſam Principis ſui apud eum, ad quem mittitur, palam omni ſtudio & contemtione agere, quod in ſpeciem criminis verti neutiquam poteſt; at vero clam machinando in Principem, vel alios lædendo omnino delinquit, neque id ſpeciem delicti habet: ſed verum omnino delictum eſt.

§. XL. Quod præterea *Grotius d. l.* concedit, non modo Legatum juberi poſſe, ut e territorio abeat, ſed &, ſi neceſſe ſit, capi & interrogari; eo agnoſcit, Legatum ſubjectum eſſe Jurisdictioni Principis, ad quem mittitur. Alioquin enim, ſi exemtus eſſet ei Jurisdictioni, nec capi; nec interrogari poſſet: quippe qui ſunt actus Judicis & Jurisdictionis.

§. XLI. Afferuntur quoque plurima exempla eorum, qui Legatos delinquentes remiſere ad Principem ſuum: de quibus *Zouch. d. tract. cap.* 5. Verum ex talibus exemplis nihil concluditur: ex eo enim, quod plurimi Principes dimiſerint Legatos delinquentes, non ſequitur, quod jure ad id obligati fuerint, vel obligatos ſe crediderint, cum vel ex gratia ac clementia, vel ex animi magnitudine & generoſitate, vel pro Reip. ſuæ temporumque rationibus ita egiſſe potuerunt. Non enim magni Principes

ſemper attendunt, quid facere jure poſſint, ſed & quid conſultius ſit ſibi ac Reip. ſuæ, quid generoſius, quid decentius &c. At ex eo, quod populi ac Principes in Legatorum delicta inquiſiverunt & animadverterunt, ſequitur, id Jure Naturæ ſibi licitum permiſſumque ſenſiſſe. Itaque ex his affirmative, ut loquuntur ſcholæ, inferri poteſt, ex illis negative non poteſt.

§. XLII. Etſi igitur hoc præſertim ſeculo Principes ac populi Europæ vix vel rariſſime in Legatos, ſi quid admiſerint, ſtatuere, ſed vel illud diſſimulare, vel Principi ipſorum denunciare id ſoleant; non tamen inde concludi poteſt, quod jure non poſſint in eos ſtatuere; ſed quod vel id præſenti rerum ſtatui conducere, vel quod generoſius id eſſe exiſtiment, ita agere; vel denique, ſi id juris eſſe velint, non eſſe hoc niſi Jus Gentium ſecundarium, quod ſummos Principes, qui non niſi DEUM ſuperiorem agnoſcunt, non obligat, *ut ſupr. dictum.*



LIB. L. TIT. XI.

DE NUNDINIS.

Qu. I. *Quaenam ſit ratio hujus privilegii?*

RESP. Extranei regulariter excluduntur a commerciis; quia, cum cives onera ſoli ferant, æquum eſt, ut commoda commerciorum ſoli habeant. Ne tamen in totum excludantur extranei, Nundinæ ſunt introductæ, ſeu conventus mercatus cauſa publica autoritate inſtituti, cum privilegio, quod extranei advenire, nec perſonæ vel res eorum, qui convenerunt mercatus cauſa, illic poſſint detineri, vel in jus vocari, ex cauſa civili antecedente. *L. un. C. h.*

OBJ. Quod commercia ſint Juris Gentium, indeque non opus habeant privilegio.

RESP. Etiam eis, quæ ſunt Juris Gentium, propter utilitatem publicam derogari poteſt. Sed & privilegium illud excedit fines Juris Gentium, utpote quo illi, qui mercatus cauſa accedunt, omnino propter debitum conveniri poſſunt.

Qv. II. *An nundinae, quae a Statibus instituuntur, recte dicantur minus solennes?*

NEG. sed hæ æque Solennes sunt, ac illæ, quas Imperator instituit, eademque habent privilegia, nec differunt, nisi latitudine privilegii: nam illæ valent saltem intra fines territorii cujusque Status, nec ultra securitas extenditur; ac nundinæ, ab Imperatore confirmatæ, valent per totum Imperium. *Dn. Par. Jur. publ. c.* 23. §. 10. *Laut. pag.* 742. *verb. minus solennes.*

Qv. III. *An propter contractum, in ipsis nundinis celebratum, aliquis conveniri possit?*

AFFIRM. Quia privilegia dantur ad amplificanda commercia; ac tale privilegium tenderet ad destructionem commerciorum; neque favoris esset mercatorum, quia nemo cum iis contracturus esset; Sane legatus, qui majori privilegio gaudet, de debitis tempore legationis contractis, conveniri in loco legationis potest, *L.* 2. §. 3. *&* 4. *ff. de Jud.* & ratio additur in *L.* 25. *ff. eod.* quia alias potestas eis daretur, sub hac specie res alienas domum auferendi. Sed & ratio securitatis hic cessat; quia jam est in nundinis. *Dissentit Laut. pag.* 742. *verb. neque propter.*

OBSTAT. *L. un. C. h.* ubi in genere dicitur, *nullum in mercatibus atque nundinis ex negotiatorum mercibus conveniant &c. vel sub praetextu privati debiti aliquam ibidem concurrentibus molestiam possint inferre*; generalia autem generaliter sunt intelligenda, *L.* 8. *de Publ. in rem act. L.* 1. §. 1. *de Leg. præst.*

RESP. Imo contra rationem Juris & æquitatem extensio illa fieri non debet; dixi enim, iniquissimum esse, si contrahenti in nundinis ad suum forum provocare liceret.

Atque pro nostra sententia militant *Wes.* & *Mev. apud Laut. h. t. Brunn. ad W. h. qu* 2. *Dn. Par. Jur. publ. c.* 23. §. 10. *ibique Dd. Treutl. D.* 2. *th.* 2. *lit. c.* Aliud obtinet in Saxonia, *Carpz. P.* 1. *C.* 30. *def.* 26.

NOT. Securitas hæc plane non pertinet ad delicta. *Dn. Par. d.* §. 10. Atque hinc relegati, tempore nundinarum reversi, abscissione digitorum, fustigatione, quin aliquando gladio punitos esse, ait *Phil. Us. pr. Inst. L.* 1. *Ecl.* 75. *n.* 4. Ita, qui rem furtivam in nundinis vendit, ideo conveniri, & ab emtore res vindicari potest, *Phil. d. lib.* 4. *Ecl.* 9. *n.* 3.



LIB. L. TIT. XII.

DE POLLICITATIONIBUS.

Qv. *An differat pollicitatio a pacto?*

AFFIRM. Quia pactum utriusque consensu contrahitur; pollicitatio unius consensu perficitur. *Du. Par. Hyp. Inst. de Oblig.* §. 6.

OBJ. Quod tamen etiam in pollicitatione requiratur, ut alter deinde acceptet. *L.* 3. *h.*

RESP. Hoc verum est ratione acquisitionis, nam non acquiritur alteri, qui rem habere non vult: at ante acceptationem promissor vere est obligatus, nec pœnitere potest, *d. L.* 3. *pr. h.* secus, ac in pactis.

OBJ. Pollicitationem pactum dici in *L.* 5. *C. de contr. stip.*

RESP. Omnino etiam per pactum fieri potest, at id non est de essentia.

An est pollicitatio, si alter, cui promittitur, tacet?

AFFIRMAT *Treutl. tit. de Pact. th.* 1. *lit.* 6. *Negat Fach.* 8. *controv.* 64. Posterior sententia verior, sed tum verum erit pactum, quia tacens consentire videtur.

FINIS.



INDEX

INDEX
RERUM ET VERBORUM.

Primus numerus Librum, Secundus Titulum, Tertius Quaestionem, Vltimus vero Paginam denotat.

Non

Utrum

Actor

Quam

Asse-

Causa.

Codi-

In

Culpa

Debitum.

Declaratio Honoris.

Decretum.

Defenſio.

Quan-

An

An

Do-

Ex-

vero.

In-

De

 Ad-

Qua-

Si

Num

An

Utrum

Mulier

An

Quo-

Utrum

R. *Rapina.*

R.

Respublica.

Reservationes Mentales.

Residuum.

Responsa JCtorum.

Restituere.

Restituere in integrum.

Restitutio.

An

Sen-

An

Testator.

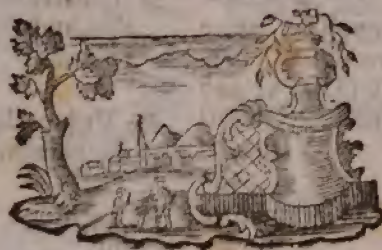
De

V. *Va-*

dem

Volum-

Usus








2

ſtatoris voluntate, licet res non intereat. Utrumque aſſeritur in *l.* 6. §. 1. *de Aur. leg.*

Atque hinc dicimus, infirmari legatum (1) ſi ſpecies a teſtatore ita mutata ſit, ut reduci ad priorem materiam non poſſit: tunc enim & exſtincta intelligitur, & facto teſtatoris ademta, *L.* 88. *pr.* & §. 1. *de Legat.* 3. Niſi teſtator expreſſe aliud voluerit, *l.* 44. §. 2. *de Leg.* 1. vel tertius ita mutaverit: tunc enim jure ſpecificationis tertio acquiritur, ſed ille pretium reſtituit. *l.* 41. §. *f. de Leg.* 1.

Non vero infirmatur (2) ſi reduci ad priorem materiam poſſit: res enim exſtincta non eſt, *d. l.* 88. §. *f. d. l.* 44. §. 2. & 3. adeoque debetur
omnino legatum, *d. l.* 88. §. *f.*
exſtincta ſit. Idque patet ex
tum novum ſolvi, & rurſu
idem, quod antea fuit, ſed
voluntas teſtatoris videtur.

At ſi (3) non tantum
reſtitui ante mortem, indiſ
tione quæritur, *l.* 79. §. *p.*
inde iterum area ſit, plene

Qv. VIII. *An, teſtam*

Laut. pag. 513. *verb. Teſtamento vel Codicillis.*

RESP. Si ideo teſtamentum
legata nulla ſunt, ſed
eſt expreſſa, quæ continetur in
nius explicavi *ſupra tit. de Inoff.*

DE HIS, QU
REI

Qv. *An legata, pœnæ*

Laut. h. t.

NEGATUR, ſed ſunt ipſ
h. t. Nam uti conditio
ditio impoſſibilis hæredi adje

OBJ. §. 10. *de Legat. l.* 104. *de leg.* 1. *l.* 1. 5. *de l. Falc.* ubi conditio impoſſibilis detrahitur.

RESP. Detrahitur conditio impoſſibilis hæredi, ne legatum debeat, non autem legatario, utpote cui injuncta non eſt.

LIB. XXXV. TIT I.

DE

CONDITIONIBUS ET DEMON-
US.

iet legatum?

nem differentiæ dedi, *tit. de*

Laut pag. 526. *verb. impoſſibilis &c.*

tionis Mutianae?

amplius convenerit: hæc
em legatarii: tunc enim de-
Cajum. *l.* 101. §. *pen.*
tile ſit legatario, (quia ei
conditionem impleturum,
n non ſtat, ſed ipſe para-

Laut. pag. 526. *verb. cautio Mutiana &c.*

uti morte tertii, *dd. Ll.*
ſum, nec ominoſum, nec
ocum habet, quando teſta-
beris non diſceſſerit: peri-
n liberorum poſſet, *L.* 72.
eſt, niſi morte liberorum,
tatem eſt, ut *ſi ſervum non*
, *L* 4. §. 1. *de Cond. inſt.*
perinde eſt, ac ſi dicatur,
t tales caſus exſpectare. *L.*
4. §. 2. *ff. de Contr. emt.*

Qv. III.